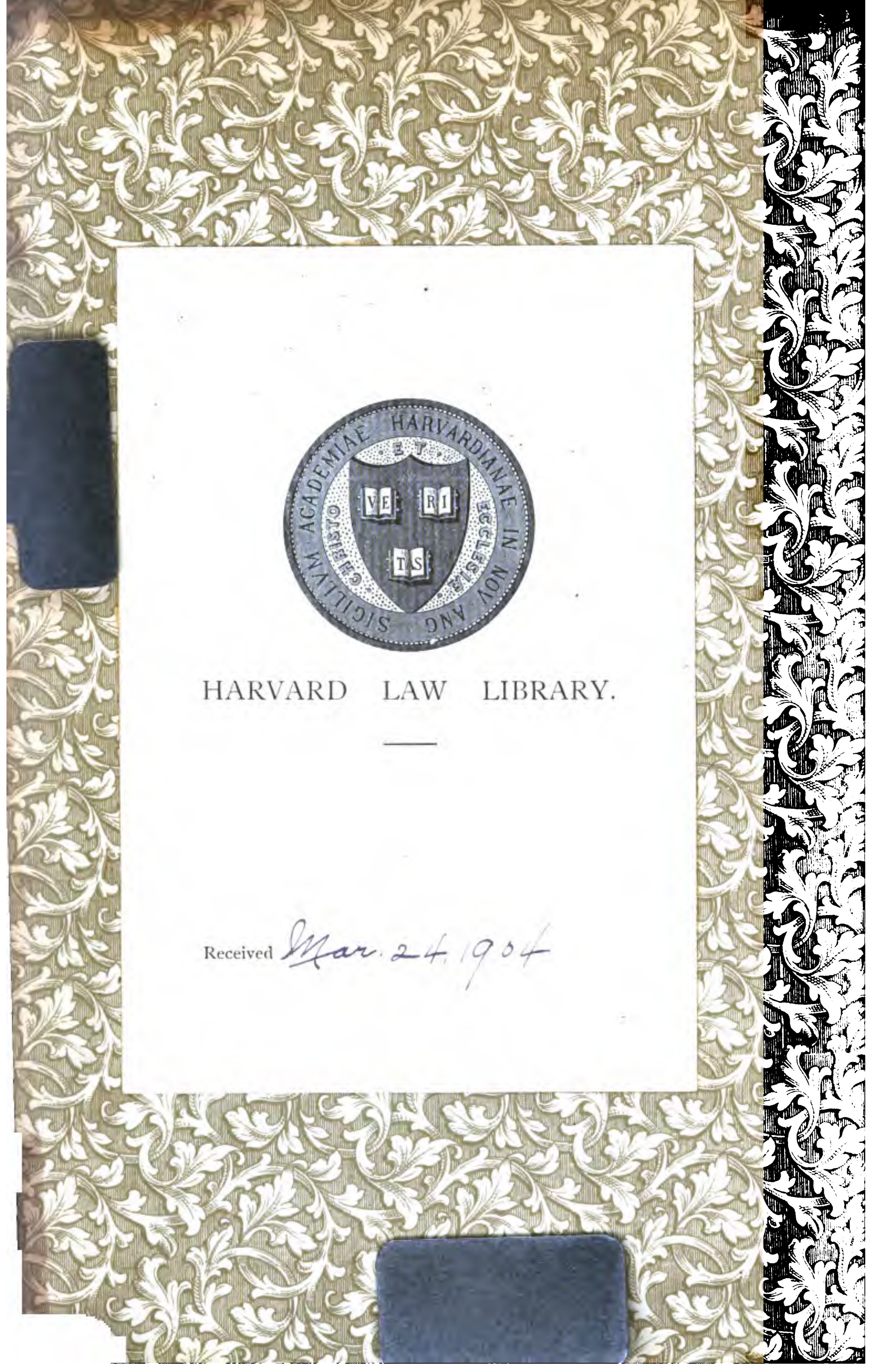



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 744 247


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



DIE

CONDICTIO

DES

RÖMISCHEN PRIVATRECHTES.

VON

DR. JUR. ROBERT VON MAYR.



LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.
1900.

Vorwort.

Der langwierige Prozefs der Rezeption der fremden Rechte hat nunmehr durch die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes für das Deutsche Reich seinen Abschlufs gefunden. Dadurch hat das römische Recht den letzten Rest formaler Geltungskraft in deutschen Landen eingebüfst. Damit ist aber auch die römische Rechtswissenschaft in ein neues, vielleicht in ihr letztes Entwicklungsstadium getreten. Ihr steht nur mehr die Wahl offen, sich in die stille Abgeschiedenheit reiner historischer Forschung zurückzuziehen oder, auf ihre Mutterrechte pochend, die Zusammenhänge des „gesatzten" Rechtes mit dem römischen und gemeinen Rechte zu verfolgen und aufzudecken und auf diese Weise zum Verständnisse jenes beizutragen. Beiden Aufgaben wünscht die vorliegende Arbeit gerecht zu werden.

Die historische Schule hat innerhalb der letzten zwei Decennien eine Art Auferstehung gefeiert. Die hervorragendsten Vertreter der römischen Rechtswissenschaft haben in dieser Zeit die geschichtliche Seite des römischen Rechtes mit einer Gründlichkeit und Gediegenheit zum Gegenstande ihrer Thätigkeit gemacht, die heute die klassische Philologie fast ihre schönsten Triumphe auf dem Rechtsgebiete erringen lassen. Auf der anderen Seite giebt das neue Gesetzbuch des bürgerlichen Rechtes reichen Ansporn, den unerschöpflichen Schatz der römischen Rechtsdogmatik von unbekannten

Seiten zu beleuchten und das Fortwirken römischen Geistes im modernen Gewande zu ergründen.

Von dieser doppelten Erkenntnis ausgehend, sollte hier eine dogmatische Arbeit über die Bereicherungsklagen des heutigen Rechtes erstehen. Allein die Durchsicht des Quellenmateriales, die durch die vollständige Umwälzung der meisten bisher angenommenen Ergebnisse auf diesem Gebiete geboten war, legte die Notwendigkeit auf, zunächst die prozessuale Funktion der condictio im römischen Rechte einer umfassenden Revision zu unterziehen und mit deren Ergebnis das Verhältnis der condictio zur Bereicherungslehre in Einklang zu bringen. Erst dann konnte daran gedacht werden, die Bereicherungsklage des geltenden Rechtes in befriedigender Weise zur Darstellung zu bringen. Diese Vorarbeit nahm aber wider Willen einen solchen Umfang an, dafs die ursprünglich geplante Arbeit zunächst bei Seite gestellt und die Untersuchung auf das römische Recht beschränkt werden mufste, selbst auf die Gefahr hin, in vieler Beziehung nur Bekanntes bestätigt zu finden. Doch hoffe ich den zweiten Teil, die Bereicherungsklage des geltenden Rechtes, bald nachfolgen lassen zu können.

Schliefslich sei es mir vergönnt, an dieser Stelle der juristischen Fakultät in Wien, die mich durch Verleihung eines Stipendiums bei dem Abschlusse dieser Arbeit wesentlich gefördert hat, meinen verehrten Lehrern und Freunden an der Universität in Wien, die mir mit Rat und That hilfreich zur Seite gestanden, insbesondere auch meinem verehrten, nach Leipzig geschiedenen Lehrer, Herrn geheimen Hofrat Professor Mitteis, dessen Anregung diese Arbeit ihr Entstehen verdankt, meinen wärmsten Dank abzustatten.

Leipzig, im Mai 1900.

Robert von Mayr.

Inhaltsverzeichnis.

Zweiter Abschnitt.

Die Condictio als materieller Rechtsanspruch.

Einleitung.

§ 1. Der Begriff der Bereicherung.

Das Streben nach Befriedigung seiner Bedürfnisse ist die Triebfeder, die den Einzelnen thätig werden läfst[1], denn Bedürfnisbefriedigung setzt Gütererwerb und Gütervermehrung voraus. Gütererwerb und Gütervermehrung aber sind die Frucht menschlicher Thätigkeit, die sich ihrerseits wiederum im Verkehre der Einzelnen untereinander vollzieht. Sollen nun Erwerb und Verkehr vom erwünschten Erfolge für den Einen sowohl wie für den Andern begleitet sein, so bedürfen sie der Organisation, bestimmter, allgemeingültiger Normen, wonach sie sich abspielen können und sollen. Diese Normen der Organisation, denen die Einzelbestrebungen nach Gütervermehrung in geschlossenen Gesellschaftskreisen unterworfen sind, machen den Inhalt der jeweiligen Rechts- und Wirtschaftsordnung aus. Giebt diese die Regeln an die Hand, wonach der Einzelne nicht minder wie die Gesamtheit das Streben nach Bedürfnisbefriedigung am zweckmäfsigsten und erfolgreichsten zu verwirklichen vermag, so setzt jene die Grenzlinien fest, innerhalb derer allein diesem Streben wirksam Geltung nach aufsen verschafft werden darf.

Nicht diese Grenzscheidung aber ist es, worin die Aufgabe der Rechtsordnung sich erschöpft; ihr obliegt es viel-

[1] Vgl. zum folgenden: Carl Menger, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, Wien 1871, S. 32 ff.

mehr auch, die Mittel zu finden, um, was jenseits dieser Grenze zu liegen käme, in seiner Entstehung zu hindern und, dafern es entstanden, wieder zu tilgen, was diesseits dieser Grenze sich bildet, zu schirmen und zu erhalten. Der Schutz des rechtlich Zulässigen, die Abwehr des rechtlich Unzulässigen sind die beiden Ziele, nach denen der Januskopf der Rechtsordnung ausblickt.

Darum also handelt es sich für die Rechtsordnung, das mafsgebende Kriterium für die Entscheidung der Frage zu finden, welche Bestrebungen nach Gütervermehrung in ihrem Bestande sicherzustellen, welche davon hintanzuhalten oder in ihrer Wirkung wieder aufzuheben sind. Nun ist Gütervermehrung nichts anderes, als was die gemeine Anschauung unter dem Namen der Bereicherung begreift. Die Frage ist demnach dieselbe, die in der Regel in der Gegenüberstellung der rechtlich zulässigen und der rechtlich unzulässigen oder ungerechtfertigten Bereicherung zum Ausdruck gebracht wird.

Diese allgemeine Unterscheidung zwischen der rechtlich zulässigen und der rechtlich unzulässigen Bereicherung, dieses allgemeine Prinzip, dafs nur in der Rechtsordnung gegründete wirtschaftliche Bestrebungen nach Gütervermehrung des Schutzes der Rechtsordnung sich erfreuen sollen, finden ihren Ausdruck bereits in dem nur zu bekannten Satze der römischen Rechtsquellen: natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem[1]. In der Annahme aber, dafs diesem Axiome der Rechtsordnung eine specielle Bedeutung für die Lehre von den sog. condictiones sine causa innewohnte, und dafs dieser Satz im römischen Rechte das Ansehen eines positiven, besonderen prozessualen Rechtsschutzes teilhaftigen Rechtssatzes genofs[2], liegt einer der Grundirrtümer der gemeinrechtlichen Bereicherungslehre, den erst die Neueren richtig erkannt haben, ohne dafs sie sich indessen von der engen Ver-

---

[1] l. 14 D. 12. 6 u. a. m.

[2] Insbes. Sell, Versuche I, 1833, S. 31 ff.

knüpfung der Bereicherungslehre mit der condictio vollends losreifsen konnten.

An und für sich betrachtet ist also Bereicherung soviel wie Gütervermehrung. Allein irrig wäre es, solche Bereicherung nur in der Vermehrung einer Vermögensmasse um ein individuell bestimmtes Gut zu erblicken; unrichtig wäre es, solche Bereicherung nur insoweit und insolange anzunehmen, als sich ein Individualgut, das sich in einem früheren Augenblick in einer anderen Vermögensmasse befand, noch in der in Frage kommenden Vermögensmasse vorfindet. Bereicherung mufs vielmehr insoweit und insolange angenommen werden, als sich eine Vermehrung, sei es nun eine quantitative oder auch nur eine qualitative Steigerung des Gesamtgüterstandes infolge einer Ausschlag gebenden Ereignung in einer bestimmten Vermögensmasse bemerkbar macht. Bereicherung ist nicht Vermehrung einer Gütermasse um ein bestimmtes Gut, sondern Vermehrung eines Gesamtvermögens, der Masse oder dem Werte nach, infolge einer bestimmten Ereignung. Diese Ereignung kann und wird sehr häufig der Übergang eines bestimmten Gutes in die betreffende Vermögensmasse sein. Die daraus sich ergebende Bereicherung aber wird bald dem Werte dieses Gutes gleichkommen, bald einem geringeren oder auch einem höheren Werte entsprechen. Bereicherung ist folglich eine Vermögensdifferenz, die in dem Werte zum Ausdrucke gelangt, der einer Vermögensmasse in einem bestimmten Zeitpunkte nach Eintritt einer gewissen Ereignung zukommt, in Vergleich gesetzt zu einem früheren, solcher Ereignung vorausgehenden, mafsgebenden Zeitpunkte.

Diese Differenz kann möglicherweise nur eine subjektiv-imaginäre, sie mufs nicht notwendig eine objektiv-reale sein. Es ist eine Bereicherung denkbar, die sich im Vermögen des Einzelnen vollzieht, ohne dafs sie überhaupt eine Verminderung, geschweige denn eine äquivalente Verminderung im Vermögen des oder eines Anderen nach sich zöge. Es kann auf diese Weise eine gleichzeitige Bereicherung sämtlicher Mitglieder einer Gemeinschaft stattfinden, ohne dafs

auch nur im Vermögen eines einzigen von ihnen eine Vermögensminderung sich fühlbar machen würde.

Dieses auf den ersten Blick auffallende Phänomen erklärt sich höchst einfach daraus, dafs das Streben nach Gütervermehrung lediglich eine Sekundärerscheinung des dem Individuum innewohnenden Triebes nach Bedürfnisbefriedigung bildet und daher von der Stärke des einzelnen Bedürfnisses abhängig ist. Da nun verschiedene Bedürfnisse verschiedene Güter erfordern, wird der Eine nicht selten ein Gut, das zur Befriedigung eines bei ihm bereits gestillten Bedürfnisses bestimmt ist, gerne missen, ohne dessen Verlust als Verminderung seines Vermögensstandes zu empfinden, wenn er sich durch dessen Hingabe eines anderen Gutes versichern kann, das zur Befriedigung eines von ihm lebhaft empfundenen Bedürfnisses geeignet erscheint. Diese wechselseitige Hingabe von Gütern, die auf der einen Seite überflüssig, auf der anderen zur Befriedigung ungestillter Bedürfnisse benötigt werden, ist es, die den Verkehr erzeugt und erhält, und die in beiden Beteiligten die Empfindung der Gütervermehrung, der Bereicherung hervorbringt, in beiden das Gefühl einer Güterverminderung hintanhält. Insolange aber auf Grund solches Rechtsgeschäftes das Gefühl der Befriedigung auf beiden Seiten sich die Wage hält, insolange ist die Bereicherung eine subjektive, die sich der Einflufsnahme des objektiven Rechtes entzieht, es wäre denn, dafs es um eine Befriedigung von Bedürfnissen sich handelt, die das objektive Recht mifsbilligt. Die subjektive Bereicherung fällt nur dann unter die Rechtsordnung, wenn sie sich über die Rechtsordnung stellen will.

Subjektive Bereicherung ist also gewissermafsen imaginäre, zweiseitige Bereicherung, die sich gegen einander aufhebt und eben darum rechtlich irrelevant ist, dafern sie nur erlaubten Güteraustausch zum Gegenstande hat.

Abgesehen von dieser einzigen Voraussetzung kann daher nur die objektive Bereicherung, die reale Gütervermehrung für die Rechtsordnung in Betracht kommen. Diese Ver-

mehrung aber kann bald als einen wirklichen Vermögensüberschufs, als eine Wertsteigerung des Vermögens im Vergleiche zu einem früheren Zeitpunkte, bald nur als eine unterbliebene Verminderung des Vermögens sich darstellen, die nach dem regelmäfsigen Laufe der Dinge hätte eintreten sollen. Jene kann als positive, diese als negative Bereicherung, jene als Bereicherung im engeren Sinne, diese als Ausgabenersparnis bezeichnet werden. Nicht blofs systematische Bedeutung aber kommt dieser Unterscheidung zu, vielmehr wohnt ihr ein für die materielle Rechtslage Ausschlag gebendes Moment inne, indem jene, die positive Bereicherung, von einem Augenblicke zum andern nicht unwesentlichen Wandlungen unterliegen kann, während diese, die Ausgabenersparnis, wenn sie einmal gemacht ist, einen bleibenden Wert zum Ausdrucke bringt, etwas Unveränderliches bleibt.

Objektive Bereicherung aber ist das allgemeine Merkmal jedes civilen Rechtsgeschäftes, nicht blofs in dem von Erxleben[1] mit Recht ironisierten Sinne, dafs „bei allen Obligationen ohne Ausnahme sich sagen läfst, dafs der Schuldner den geschuldeten Gegenstand von dem Augenblick ohne Grund in seinem Vermögen hat, wo er, statt seine Verbindlichkeit zu erfüllen, denselben seinem Gläubiger widerrechtlich vorenthält,“ sondern auch in dem Sinne, dafs das vernünftig wirtschaftende Individuum allemal bestrebt ist, seine auf Gütervermehrung gerichteten Bestrebungen nicht so sehr von dem subjektiv empfundenen Augenblicksbedürfnisse abhängig zu machen als vielmehr nach seinen regelmäfsig wiederkehrenden, objektiv anzuerkennenden Bedürfnissen zu richten und demgemäfs das Gleichgewicht herzustellen zwischen der Stärke dieser Bedürfnisse und der zu ihrer Befriedigung erforderlichen Gütermenge und dazu einen dauernden Güterstock sich zu schaffen.

Solche Bereicherung ist daher nicht etwa dem unentgeltlichen Geschäfte allein eigentümlich. Bereicherung

---

[1] Die condictiones sine causa. I. Die condictio indebiti, 1850, S. V.

ist nicht identisch mit Unentgeltlichkeit[1]. Bereicherung ist das treibende Motiv auch des entgeltlichen Rechtsverkehres, insofern jedes einzelne Rechtsgeschäft nur ein Glied in der Kette von Thätigkeiten darstellt, die der Bedürfnisbefriedigung des thätigen Individuums dienen sollen. In dieser Kette stellt gerade das unentgeltliche Rechtsgeschäft ein solches Glied dar, das dem natürlichen Zwecke des Rechtsgeschäftes, die Gütervermehrung zu fördern, nur nach einer Seite gerecht wird, dem Bereicherungsprinzipe nur unvollkommen entspricht, indem auf der anderen Seite eine unausgefüllte Leere zurückbleibt. Dadurch scheidet das unentgeltliche Rechtsgeschäft in gewissem Sinne sogar aus der Reihe der für die Bereicherung relevanten Erscheinungen aus, da es vermöge seines liberalen Charakters von vornherein auf selbständige wirtschaftliche Bedeutung verzichtet und die regelmäſsigen Bahnen des wirtschaftlichen Verkehres verläſst. Auch das unentgeltliche Rechtsgeschäft und die dadurch auf der einen Seite bewirkte Bereicherung kommt deshalb wie die subjektive Bereicherung für die Rechtsordnung nur insoweit in Betracht, als sie zu dieser in offensichtlichen Widerspruch tritt, sei es nun, daſs die Rechtsordnung solche Freigebigkeit überhaupt miſsbilligt, oder daſs die konkreten Umstände sie im einzelnen Falle als rechtswidrig erscheinen lassen. Auch die einseitige, d. h. die aus dem unentgeltlichen Rechtsgeschäfte flieſsende objektive Bereicherung fällt nur dann unter die Rechtsordnung, wenn sie sich über die Rechtsordnung stellen will.

Die aus dem entgeltlichen Rechtsgeschäfte entspringende Bereicherung aber ist das Ergebnis zweier Momente, die jedem entgeltlichen Geschäfte anhaften. Das entgeltliche Rechtsgeschäft bezielt ein Entgelt oder Äquivalent der eigenen Leistung, darüber hinaus aber noch einen Mehrertrag, um dessentwillen im Grunde genommen nur die Leistung erfolgte. Dieser Gewinn, dieser Reinertrag der Leistung macht die Bereicherung aus, die ihrerseits wiederum

---

[1] A. M. Reichsgericht 2, 71; 5, 57.

einem doppelten Zwecke zugeführt wird. Entweder wird sie zur Vermehrung des der Bedürfnisbefriedigung dauernd gewidmeten Güterstockes verwendet, zum Stammkapital gemacht, oder sie wird zur Grundlage neuerlicher Arbeitsleistung genommen, zum Betriebskapital umgestaltet. Im ersteren Falle stellt sie eine bleibende Vermögensvermehrung, im letzteren Falle einen vorübergehenden Vermögensbestandteil dar, der in Energie aufzugehen bestimmt ist. Damit ist die Bedeutung dieser Unterscheidung von selbst gekennzeichnet, sie kommt dem Unterschiede der negativen und darum bleibenden Bereicherung auf der einen und der positiven und darum schwankenden Bereicherung auf der andern Seite am nächsten. Die Subsumption unter die eine oder die andere Gruppe zu vollziehen bereitet jedoch Schwierigkeiten, die nicht ein- für allemal beseitigt werden können, sondern die jedesmal neuerdings nach Lage des Falles beurteilt werden und die daher vorerst einer Detaildarstellung vorbehalten bleiben müssen.

Diese objektive, entgeltliche, einseitige Bereicherung — um kurz zu sein — ist es demnach, die das Interesse der Rechtsordnung vorwiegend in Anspruch nimmt. Ist es aber die Aufgabe der Rechtsordnung, das stabile Gleichgewicht herzustellen zwischen Bedürfnis und Streben nach Bedürfnisbefriedigung oder Gütervermehrung der einzelnen Mitglieder einer Gesellschaft, so mufs sie darauf gerichtet sein, das entsprechende Verhältnis zwischen Leistung und Gewinn zu erhalten, nicht Leistung ohne Gewinn, noch auch Gewinn ohne Leistung unbehindert vor sich gehen zu lassen. Die Rechtsordnung bestimmt daher zunächst die verschiedenen Arten der Leistungen, die sie zu fördern und zu schützen gesonnen ist, sie setzt die Kategorien der Rechtsgeschäfte, die Rechtsinstitute fest, und sie giebt zugleich den Rahmen an, innerhalb dessen sie den aus solchen Leistungen resultierenden Gewinn als zulässig und rechtmäfsig anerkennt, ja innerhalb dessen sie sogar bisweilen einen Gewinn für die Beteiligten verlangt, wenn anders das Rechtsgeschäft im einzelnen Falle seinem wirtschaftlichen

und rechtlichen Zwecke gerecht werden soll. In diesem Sinne könnte die Rechtsordnung eine Bereicherungsordnung und jedes Rechtsmittel eine Bereicherungsklage genannt werden. Wenn daher aufserdem von einer besonderen Bereicherungsklage gesprochen wird, so kann darunter nur eine ausnahmsweise Form der Rechtshilfe zu verstehen sein, die das ordentliche System der Rechtsschutzmittel in aufserordentlichen Fällen zu ergänzen bestimmt ist[1]. Die Bereicherung kann als selbständiger Gegenstand rechtlicher Untersuchung nur in Betracht kommen, insoweit sie nicht von einem Rechtsgeschäfte umspannt wird, das an sich schon im Rechtssysteme Raum gefunden hat. Solche Bereicherung mufs demnach eine widerrechtliche sein[2], sie mufs aber auch eine solche sein, die vermöge ihrer juristischen Grundlage aufserhalb der Grenzen der systemisierten Rechtsgeschäfte zu stehen kommt. Nur das Schutzmittel, das dieser widerrechtlichen, nicht rechtsgeschäftlichen Bereicherung entgegenzutreten bestimmt ist, ist eine Bereicherungsklage im eigentlichen Sinne des Wortes.

Keine Bereicherungsklage ist daher die Klage, die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes geltend macht und die Wiederherstellung des früheren Zustandes herbeiführen soll. Dies kann im Falle der Anfechtbarkeit schon darum keinem Zweifel unterliegen, weil, wenn auch nicht immer, so doch häufig die Geschäftsklage selbst es ist, mit deren Hilfe dieses Ziel erreicht wird. Es kann aber auch im Falle der Nichtigkeit nicht zweifelhaft sein, weil die infolge dessen gewährte Klage zwar nicht aus dem thatsächlich nicht zustande gekommenen Geschäfte, aber doch aus Anlafs dieses Scheingeschäftes entspringt, und weil solche Klage nicht so sehr von dem Momente der Bereicherung ihre Richtung empfängt als vielmehr von dem

---

[1] Vgl. Koch, Kommentar zum preufs. A.L.R. § 228 n. 1; § 274 n. 17 I. 13; § 56 n. 29 I. 9.

[2] Vgl. Koch, Lehrb. des preufs. Priv.R. II. § 642 und dazu Sell, Versuche I S. 14, 16.

durch das Scheingeschäft herbeigeführten Verhältnisse. Nicht dem, dessen Vermögen durch das nichtige Geschäft den unmittelbaren Schaden erlitten hat, steht die Klage regelmäfsig in solchen Fällen zu, sondern dem, der dem Gegner in dem hinfällig gewordenen Geschäfte als Partei gegenüberstand[1]. Nicht die Bereicherung ist ausschlaggebend für die Behandlung des Falles, wo eine nicht mehr vorhandene Sache zum Gegenstande eines Kaufvertrages gemacht wird, sondern das Verhältnis dieses Umstandes zur Natur des Kaufgeschäftes. Wenn daher nur ein teilweiser Untergang stattgefunden hat, so greift nicht unbedingt eine Klage auf Herausgabe der verhältnismäfsigen Bereicherung Platz, sondern das Geschäft wird nach Kräften und Möglichkeit aufrecht erhalten[2]. Ein Bereicherungsanspruch im eigentlichen Sinne des Wortes liegt nur vor, wo eine in der Rechtsordnung nicht begründete Vermögensvermehrung stattgefunden hat, die nicht durch ein Rechtsgeschäft noch auch aus Anlafs eines Rechtsgeschäftes entstanden ist. Ebensowenig kann aber zugegeben werden, dafs von einem Bereicherungsanspruch auf Grund eines Deliktes gesprochen werde. Denn auch in diesem Falle ist nicht die Bereicherung das klagerzeugende Moment sondern das Delikt. Wenn freilich in solchem Falle nicht selten nur die Herausgabe der Bereicherung verlangt werden kann, so ist hierin nur eine Sekundärerscheinung zu erblicken, die unter Umständen den primären Ersatzanspruch zu modifizieren, doch nicht vollends zu verdrängen vermag dergestalt, dafs an Stelle des deliktischen nun ganz und gar ein Bereicherungsanspruch getreten wäre. Wie die Klage aus einem Rechtsgeschäfte ihre Natur dadurch nicht verändert, dafs sie einmal auf Herausgabe der reinen Bereicherung beschränkt ist, vielmehr trotzdem infamierende Geschäftsklage bleibt[3] und nicht Bereicherungsklage wird, so bleibt auch die

[1] l. 13 pr. D. 39, 6.
[2] l. 57 D. 18, 1; l. 8 D. 18, 6.
[3] l. 1 § 15 D. 16, 3.

Deliktsklage, mag sie immerhin nur auf Herausgabe der Bereicherung gerichtet sein, dennoch Deliktsklage. Als Bereicherungsanspruch kann demnach nur die aus zufälliger Bereicherung entspringende Klage bezeichnet werden, sofern man geneigt ist, all das unter den juristischen Begriff des Zufalls unterzuordnen, was nicht unter die Kategorie des Rechtsgeschäftes oder des Delikts gebracht werden kann.

Die Geneigtheit, den auf die Bereicherung oder, um nach der herrschenden Anschauung vollständig zu sein, den auf die noch vorhandene Bereicherung gerichteten Anspruch darum allein schon als Bereicherungsanspruch anzusehen, weil er auf die Herausgabe der Bereicherung gerichtet ist, wird der Behauptung merklichen Widerspruch ersparen, dafs ein Bereicherungsanspruch im eigentlichen Sinne nur dann vorliege, wenn er, wie aus der unberechtigten Bereicherung entsprungen, so auch nur Herausgabe dieser, nicht mehr bezielt. Im Wesen solches Bereicherungsanspruches aber ist es begründet, dafs er nicht nur beim Obwalten gewisser Umstände auf die Bereicherung beschränkt, sondern dafs er von vornherein auf nicht mehr als auf die Bereicherung gerichtet ist. Keine Bereicherungsklage im eigentlichen Sinne ist es daher, wenn eine bestimmte Klage nur im einzelnen Falle und nur ausnahmsweise lediglich die Herausgabe der Bereicherung verfolgt. Dagegen ist es nicht unbedingt im Begriffe der Bereicherungsklage gelegen, dafs sie immer und in allen Fällen nur auf die noch vorhandene Bereicherung gerichtet sein könne und müsse[1]. So wenig eine Geschäftsklage unbedingt dadurch erlischt, dafs ihr eigentlicher Gegenstand, insbesondere durch Verschulden des Beklagten, der Klage unerreichbar geworden ist, so wenig kann in dem Wegfall der Bereicherung an sich ein allgemeingültiger Erlöschungsgrund für die Wirksamkeit der Klage erblickt werden. Man beruft sich zwar demgegenüber auf Billigkeitsgründe und meint, wenn es

---

[1] Jacobi, Der Rechtsbegriff der Bereicherung etc. Dogm. Jahrbücher IV S. 206 ff.

billig sei, „dafs die ungerechtfertigte Bereicherung eine Verpflichtung zur Herausgabe erzeuge," so sei „es auch billig, dafs diese Verpflichtung nur so lange dauere, wie die Bereicherung selbst[1]." Allein wie unangebracht es ist, auf dem Gebiete der Bereicherung mit Erwägungen der Billigkeit zu operieren, hat bereits Witte[2] erkannt, der allerdings in anderem Zusammenhange einmal äufsert: „Während es vom Standpunkte des Verlierenden als unbillig erscheinen möge, dafs ihm ein Teil seines Vermögens wider seinen Willen ohne Ersatz entzogen werde, könnten die verschiedensten Gründe vorliegen, welche es als eine Unbilligkeit gegen den Gewinnenden erscheinen lassen würden, wollte man ihn zur Herausgabe des erworbenen Vermögenszuwachses zwingen." So kann es unter Umständen gerade umgekehrt unbilliger erscheinen, den Vermögensschaden auf der einen Seite völlig unausgeglichen zu lassen, als den widerrechtlich Bereicherten nun zum Teil am eigenen Vermögen zu strafen. Eine andere Frage freilich ist es, ob in diesem oder jenem positiven Rechtssysteme die eine oder die andere Erwägung die Oberhand gewonnen und demgemäfs Ausdruck gefunden habe; im vorliegenden Zusammenhange jedoch kommt es zunächst nur darauf an festzustellen, dafs die Forderung der noch vorhandenen Bereicherung nicht etwas dem Bereicherungsanspruch notwendig Anhaftendes, nicht ein essentiale des Bereicherungsanspruches ist. Der Bereicherungsanspruch kann vielleicht auch die einmal begründete Bereicherung verfolgen, ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Zeit der Klaganstellung oder in einem anderen für die Prozefsentscheidung mafsgebenden Zeitpunkte noch vorhanden ist oder nicht[3]. Die Antwort auf diese Frage ist jedenfalls nur von der positiven Rechtsnorm,

---

[1] Hartmann, Die Obligation S. 259 ff., 265; Windscheid, Pandekten II, 6. Aufl. S. 635 ff.

[2] Bereicherungsklagen, 1859 S. VII.

[3] Witte, l. c. S. 140—159; Erxleben, a. a. O. I S. 196 ff.; Mandry, Archiv für die civ. Praxis, 48. Bd. S. 232 ff.; Seuffert, Archiv 36, 31.

wenigstens nur im Rahmen eines positiven Rechtssystemes mit Sicherheit, vielleicht aber auch in diesem beschränkten Gebiete nach Lage des Falles verschieden zu erwarten. Wie aber der Bereicherungsanspruch nicht schon damit gegeben ist, dafs eine rechtsgeschäftliche oder deliktische Verpflichtung im einzelnen Falle auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt erscheint, und wie auf der einen Seite der Bereicherungsanspruch seiner Natur nach nicht notwendig in der noch vorhandenen Vermögensvermehrung seine definitive und allgemeingültige Grenze findet, so fällt doch andererseits jener Anspruch über das Gebiet der Bereicherung hinaus, der zwar vielleicht in der weder rechtsgeschäftlichen noch deliktischen, also zufälligen Vermögensvermehrung seinen Grund, aber mehr als diese Bereicherung zum Gegenstande hat. Unter dieser Voraussetzung würde der Bereicherungs- zum Ersatzanspruche.

Unter diesem Gesichtspunkte kann die Entscheidung der Frage nicht schwer fallen, ob der Bereicherungsanspruch auf Herausgabe der im Vermögen des Beklagten eingetretenen Vermehrung oder auf Ersatz der im Vermögen des Klägers verursachten Minderung gerichtet sein müsse, um als Bereicherungsanspruch im eigentlichen Sinne gelten zu können. Die Antwort liegt in den Worten selbst. Nur im ersteren Falle kann von einem Bereicherungs-, im letzteren Falle mufs von einem Ersatzanspruche gesprochen werden. Dafs die Meinung hierüber lange Zeit schwanken konnte und zum Teile noch schwankt, hängt wiederum lediglich damit zusammen, dafs die Frage immer nur im Hinblick auf die condictio untersucht wurde, in der man auch in diesem Punkte die Bereicherungsklage überhaupt verkörpert zu finden glaubte[1].

Der wahre Bereicherungsanspruch mufs demnach ein Anspruch aus der Bereicherung und auf die Bereicherung sein, er mufs in der Bereicherung seinen Klagegrund und seinen Klagegegenstand finden. Damit er aber im einzelnen

---

[1] Vgl. Pernice, Labeo II S. 266 n. 19 und die dort Citierten.

Falle zur Entstehung gelange, mufs noch ein drittes Moment hinzukommen, das die Aktiv- und Passivlegitimation zur Anstellung der Klage begründet, der Kausalnexus, der ursächliche Zusammenhang zwischen der Vermögensminderung auf des Klägers und der Vermögensvermehrung auf des Beklagten Seite. Diese drei Momente müssen vorliegen, um einen Bereicherungsanspruch zu rechtfertigen. Sie sind aber weder in dem strengen Sinne zu nehmen, dafs die Minderung auf der einen Seite der Vermehrung auf der anderen Seite ziffernmäfsig entsprechen, noch auch nur in dem Sinne, dafs der „rechtlose oder rechtswidrige Empfang“ „ausnahmslos“ „aus dem Vermögen des Klägers herstammen“ müfste[1]. Dafs das erstere nur in den seltensten Fällen zutreffen wird, ergiebt sich von selbst aus den voraufgegangenen Erwägungen. Dafs das letztere bisweilen der Fall sein kann, folgt aus dem verschiedenen Umfange und Inhalt, den die Bereicherung im einzelnen Falle aufweisen kann, und der nicht selten zum geringsten Teile aus des Klägers Vermögen unmittelbar überkommen sein wird. Der Kausalnexus endlich kann der verschiedensten Art sein. Sein Vorhandensein im einzelnen Falle festzustellen, wird die schwierigste Frage bilden, die in dem Komplexe der mit der Bereicherungslehre zusammenhängenden Fragen auftauchen kann. Dies umsomehr, als sie gewissermafsen einen Doppelcharakter an sich trägt, indem es sich nicht nur darum handelt, die Wechselbeziehung von Ursache und Wirkung aufzudecken, sondern indem insbesondere jedesmal auch zu erwägen bleibt, ob diese Wechselbeziehung eine solche ist, die kraft positiven Rechtes den Anspruch auf Herausgabe der infolgedessen eingetretenen Vermögensvermehrung begründet erscheinen läfst, wiewohl weder eines der systemgemäfsen Rechtsgeschäfte noch auch ein bestimmt klassifiziertes Delikt vorliegt.

Diese Fragen sind es, die einer Untersuchung über Bereicherung und Bereicherungsansprüche Richtung und Ziel

[1] Seuffert, Archiv 2, 57.

weisen. Diese leitenden Gesichtspunkte lassen sich aber kurz dahin zusammenfassen:

Bereicherung, die für die Rechtsordnung als selbständige Erscheinung in Betracht kommen kann, ist die reale Vermehrung des Vermögens einer Person durch einen hinzutretenden Umstand[1], mag sie nun in dem Hinzutritte eines neuen Vermögenswertes oder in der Erhaltung eines zur Ausgabe bestimmten Vermögensbestandteiles zum Ausdrucke gelangen.

Bereicherung ist jedoch nicht schon, was von Anfang an in das Vermögen gekommen, zu diesem hinzugetreten ist, sondern nur, was dauernd darin verbleibt[2], sei es an sich oder in dem Gesamtwerte des Vermögens investiert.

Der mafsgebende Zeitpunkt für die Beurteilung solcher Bereicherung kann nach Lage des Falles verschieden sein.

Damit aber die Bereicherung an und für sich und von vornherein nur als solche für die Rechtsordnung in Betracht komme, mufs sie das einzige und primäre Fundament eines Rechtsanspruches bilden und unter Umständen stattgefunden haben, die eine Restitutionsverbindlichkeit rechtfertigen[3].

Endlich mufs die Bereicherung als selbständiger Klageanspruch wie Grundlage so auch ursprünglicher und alleiniger Gegenstand solches Anspruches sein, wenn anders ein wahrer und echter Bereicherungsanspruch als vorhanden angenommen werden soll.

Nach der Stellung zu diesen Grundsätzen wird es zu beurteilen sein, ob diese oder jene Klage als Bereicherungsklage im technischen Sinne zu gelten habe.

§ 2. Der Bereicherungsanspruch und die condictio.

Alteingebürgerte Übung läfst die Lehre von der Bereicherung oder Vermögensverschiebung, wie sie neuestens[4]

---

[1] Vgl. Heimbach in Weiskes Rechtslexikon I S. 925.
[2] Heimbach l. c. S. 926.
[3] Vgl. Witte, Dogm. Jahrb. V S. 105.
[4] Collatz, Die ungerechte Vermögensverschiebung, 1899.

genannt wurde, mit der von den sog. condictiones sine causa in bald mehr bald weniger engen Zusammenhang treten, zumeist sogar diese in jener oder jene in dieser vollkommen aufgehen. Ist man auch nicht immer über das Verhältnis beider Materien zu einander völlig eins geworden, so stand doch jederzeit so viel unerschütterlich fest, dafs diese nicht ohne jene, jene nicht ohne diese gedacht werden könne.

So ist es denn geradezu unvermeidlich, bevor eine Untersuchung über die Bedeutung und Wirksamkeit des Bereicherungsprinzipes im Rahmen positiver Rechtsgestaltung unternommen werden kann, in die wechselseitigen Beziehungen der beiden genannten Rechtsgebiete Klarheit zu bringen und zu diesem Behufe die bald mehr berüchtigte denn beliebte Lehre der überlieferten Quellen von der condictio neuerdings aufzurollen.

Soll also eine dauernde Grenzlinie gezogen werden, so erübrigt nichts anderes, als die historische Entwickelung der condictio benannten Klage des römischen Rechtes noch einmal gründlich ins Auge zu fassen. Dies aber wird in Anbetracht der Ergebnisse der neueren Forschungen auf diesem Gebiete am besten in der Weise geschehen, dafs die Betrachtung der formell-prozessualen Seite der condictio von der ihrer Stellung im materiellen Rechte geschieden und zunächst jede der beiden Funktionen für sich allein der notwendigen Prüfung unterzogen wird.

Auf diese Weise soll ein Schlufs in der Richtung ermöglicht werden, ob die condictio in der That „keine Klage aus Darlehen, Stipulation, Litteralkontrakt, keine Klage aus der Bereicherung u. s. w.“ ist, und „überhaupt nicht in das materielle Recht, sondern in den Prozefs“[1] gehört, mit anderen Worten, ob „im römischen Rechte die Bereicherungsklagen als besonderes Institut vorkommen“ oder ob

[1] Baron, Der Prozefs gegen den Schauspieler Roscius, Savigny-Zeitschr. R.A. I S. 151.

nicht vielmehr „das Bereicherungsfundament“ lediglich als eine dem gesamten Klagensystem gemeinsame „Unschädlichkeitstaxe“ sich darstellt, als eine „Negation in positivem Gewande“, „ähnlich wie der error als Unkenntnis, der casus als Schuldlosigkeit“ [1].

---

[1] Jacobi, a. a. O. IV S. 186, 187.

Erster Abschnitt.

Die Condictio als Prozefsform.

---

§ 3. Die legis actio per condictionem.

„Unzweifelhaft ist der Zusammenhang zwischen der legis actio per condictionem und der condictio[1].“ Allerdings müfste deshalb „alles Licht, das über die erstere verbreitet wird“, „einen hellen Schein auf die letztere fallen“[2] lassen. Allein gerade umgekehrt steht es mit unserer heutigen Kenntnis von diesen beiden Zweigen desselben Stammes. Während die condictio des Formularprozesses, dank den erfolgreichen Anstrengungen insonderheit der letzten zwei Decennien der römischen Rechtswissenschaft, immer greifbarere und festere Gestalt angenommen hat, wird infolge der mehr als lückenhaften Überlieferung der legis actio per condictionem jeder Versuch einer Aufhellung dieses dunkeln Rechtsgebietes rascher verworfen als er geglückt ist[3].

Neuestens will Baron[4]; davon ausgehend, dafs die abstrakte Formel der condictio des Formularprozesses auch schon der gleichnamigen Legisaktion eigentümlich gewesen sei, die Einführung der legis actio per condictionem darauf

---

[1] Baron, Abh. aus dem röm. Civilpr. I. Die Condictionen, 1881, S. 185.

[2] Baron l. c. S. 186.

[3] Vgl. Bekker, Die Aktionen I. S. 74.

[4] l. c. S. 185 ff.; Zur Legis actio per iud. post., Festgaben für Heffter, 1873, S. 29 ff.

zurückführen, daſs man mit Hilfe einer durch solche Eigentümlichkeit ausgestatteten Verfahrensart jenen Rechtsverhältnissen zu der für ein vollkommenes Recht unentbehrlichen Klagbarkeit verhelfen wollte, die der gesetzlichen Grundlage entbehrend dem Gewohnheitsrecht ihr Entstehen verdankten[1].

Mit dieser Bestimmung der legis actio per condictionem bringt Baron auch ihre zweite Besonderheit in Verbindung, der sie nach dem Berichte des Gaius ihren Namen verdankt, die Besonderheit nämlich, daſs die Parteien bei der ersten Tagsatzung eine Erstreckung auf dreiſsig Tage vereinbarten, und daſs erst an diesem erstreckten Termine die Streitfrage spruchreif werden konnte. Dieser Zwischenraum zwischen der ersten und der erstreckten Tagsatzung sei nämlich dazu bestimmt gewesen, es dem iudex zu ermöglichen, „den Rechtsstand zu erkunden und seine Rechtsanschauung zu korrigieren“[2].

So sehr jedoch der fragmentarische Bericht des Gaius[3] über unsere legis actio der Hypothese freien Spielraum gewährt, so scheint doch gerade Barons Erklärungsversuch damit nicht wohl vereinbar. Denn einmal besagt dieser Bericht in unzweideutigen Worten, daſs die Parteien auch im zweiten Termine, nach Ablauf der dreiſsigtägigen Frist, zunächst nochmals[4] vor dem Prätor erschienen, und daſs nun erst die Auslosung des iudex für ihre Streitsache erfolgte. Also nicht dem erst jetzt ausgelosten iudex, sondern nur den Parteien oder einer von ihnen konnte die dazwischen liegende Frist zum Vorteil gereichen. Fürs zweite aber gesteht Gaius selbst, daſs er nicht imstande sei, eine ge-

[1] So schon Puchta, Inst. I. § 162.

[2] l. c. S. 188.

[3] IV. 17—20.

[4] Dafern nicht die Vornahme der denuntiatio auſsergerichtlich vorgenommen gedacht wird. Vgl. Keller-Wach, Röm. Civpr. S. 85 ff.; Eisele, exceptio, S. 158; Bekker, Aktionen I. S. 75; A. M. Rudorff, R.G. II. S. 83 n. 2; Bethmann-Hollweg, Civpr. I. S. 152 n. 11; Karlowa, Civilpr. S. 231; Huschke, Multa, S. 487, 490 n. 379; Kipp, L. D. S. 147 n. 1; Wlassak, Prozeſsgesetze II. S. 335 n. 21.

eignete und genügende Erklärung für die Einführung der legis actio per condictionem zu geben, weil bereits mit der legis actio sacramento und per iudicis postulationem dieselben Rechtsverhältnisse eingeklagt werden konnten[1]. Demnach hält auch der zweite von Baron angeführte Grund, neuartigen Rechtsverhältnissen durch diese Prozefsform Klagbarkeit zu verschaffen, nicht stand.

So erübrigt denn nichts, als auch über diesen letzten Versuch zur Tagesordnung überzugehen und die Lösung der obschwebenden Zweifel von neuer Grundlage aus zu versuchen.

Die jüngsten Untersuchungen über die legis actio sacramento[2] haben die längst vorherrschende Anschauung zu ziemlicher Gewifsheit erhoben, dafs diese Prozefsfigur dem Hauptakte des Verfahrens, dem sacramentum in seiner ursprünglichen Bedeutung, ihren Namen verdankte. Ebenso können wir bei den übrigen Legisaktionen die Beobachtung machen, dafs sie aus der centralen Sonderheit ihrer Verfahrungsart auch ihren Namen herleiten, die legis actio per manus iniectionem nicht minder wie die per pignoris capionem und wahrscheinlich auch die legis actio per iudicis postulationem. Denn auch für sie bleibt noch immer die Vermutung die ansprechendste, dafs sie durch die Unterwerfung der Parteien unter den Spruch eines von ihnen selbst vereinbarten, nicht der Geschworenenliste entnommenen Geschworenen oder Schiedsmannes sich charakterisierte[3].

So wird denn von Gaius auch ausdrücklich bezeugt, dafs unsere legis actio von dem ihr eigentümlichen Vorgang der condictio den Namen trug. In der Auffindung der technischen Bedeutung von condictio und condicere mufs daher des Rätsels Lösung liegen.

Nun scheint auf den ersten Blick nichts leichter als dies. Giebt doch Gaius selbst uns die Erklärung für die

---

[1] Vgl. Wlassak, Prozefsgesetze I. S. 105 f.

[2] Pflüger, Die l. a. sacr. 1898 a. a. O.

[3] Vgl. Keller-Wach, Der röm. Civilpr. § 17; A. Schmidt, Savigny-Z. R.A. 2. Bd. S. 155 ff. und die dort n. 1 Citierten; neuestens Mommsen, Römisches Strafrecht S. 185 n. 1.

condictio mit den Worten: condicere autem denuntiare est prisca lingua. Diese denuntiatio aber habe eben darin bestanden, dafs Kläger den Beklagten aufforderte, nach Ablauf von neunundzwanzig Tagen ad iudicem capiendum sich wiederum vor dem Prätor einzufinden.

Allein man weifs, was von solchen und ähnlichen Worterklärungen der Alten zu halten ist. Die Bedenken gerade gegen die vorliegende Interpretation des Gaius werden überdies nicht unerheblich dadurch gesteigert, dafs seit der lex Pinaria sich derselbe Vorgang bei der legis actio sacramento zutrug. Mag nun, da sich eine unzweifelhafte Chronologie in diesem Punkte derzeit nicht feststellen läfst[1], die lex Pinaria der lex Silia oder diese jener zeitlich voraufgehend gedacht werden, so wäre in dem einen Falle die Einführung der legis actio per condictionem, in dem anderen Falle das Fortbestehen beider Verfahrensarten nebeneinander schwer zu begreifen, wenn wirklich in dieser denuntiatio die Eigentümlichkeit und Sonderheit der legis actio per condictionem sich erschöpft haben sollte. Denn wozu bedürfte es zweier verschiedener Legisaktionen zum Schutze derselben materiellen Rechtsgüter, wenn die eine keine anderen Vorteile zu gewähren im stande war als die, deren die andere bereits teilhaftig war. Daher könnte auch die Annahme nicht befriedigen, dafs solche denuntiatio im Falle der lex Pinaria obligatorisch, im Kondiktionsverfahren dagegen von der Vereinbarung der Parteien abhängig gewesen sei. Denn es fehlt nicht nur an einem zureichenden Grunde für solche Unterscheidung, sondern die willkürliche Erstreckung widerspräche auch dem Wesen des römischen Prozefsrechtes überhaupt und dem der condictio als einer beschleunigten Verfahrensart ganz besonders. Zudem giebt der kurze, gerade in diesem Punkte erhaltene Bericht des Gaius dieser Vermutung keinen Raum.

Auch Baron[2] sah sich deshalb schon veranlafst, der

---

[1] Vgl. Rudorff, Röm. R.G. I § 19 n. 16, § 43 n. 2.
[2] Abh. I S. 206 ff.

terminologischen Bedeutung der condictio auf den Grund zu gehen und der Erklärung des Gaius, trotzdem ihr Festus[1], Justinian[2] und Theophilus[3] blindlings gefolgt sind, und wiewohl sie auch bei nichtjuristischen Schriftstellern der Römer[4] wiederkehrt, Mifstrauen entgegenzubringen. Seine Bemühungen sind insofern von Erfolg begleitet gewesen, als es ihm gelungen ist, andere Stellen aufzuzeigen[5], deren Inhalt die schon auf Grund der Wortzusammensetzung — con (cum) und dictio — glaubwürdige Vermutung unterstützt, dafs die ursprüngliche und technische Bedeutung von condictio die des Vertrages, der Vereinbarung gewesen sei.

Ein Scheinargument gegen diese Auffassung der condictio als einer zweiseitigen Abmachung könnte vielleicht aus dem Sprachgebrauche der Quellen entnommen werden, die sich der Wendungen: condicere alicui, aliquid, aliquid ab aliquo u. a. m. bedienen. Denn in solcher Redeweise drückt sich offenbar eine einseitige Thätigkeit des Klägers aus. Allein dieses condicere der Quellen ist, wie eben Gaius ausdrücklich hervorhebt, mit dem condicere der prisca lingua nicht identisch. Es gehört vielmehr der Sprache einer Zeit an, der die Vorstellung von der ursprünglichen Bedeutung des condicere und der condictio längst entschwunden war, und die mit dem condicere nur mehr den Begriff des Klagens in einer bestimmten Form verband.

Liegt aber die Bedeutung der Vereinbarung der Bezeichnung der legis actio per condictionem zu Grunde, so gewinnt dadurch, indem wir von dem Namen auf das Wesen der Prozefsform schliefsen, diese den Charakter eines Verfahrens mit Parteivereinbarungen. Natürlich ist jedoch solche Vereinbarung nicht in dem Sinne zu verstehen, als ob die Wahl dieses Verfahrens überhaupt von der Übereinkunft der Parteien abhängig gewesen wäre. Dies erhellt schon aus der

---

[1] V. condicere.
[2] § 15 I. 4, 6.
[3] § 15 I. 4, 6.
[4] Vgl. Baron l. c. I. S. 206 n. 2.
[5] Vgl. Baron l. c. I. S. 207.

einfachen Erwägung, dafs in Anbetracht der Schneidigkeit und Strenge des Kondiktionsverfahrens der Beklagte wohl jedesmal seine Zustimmung verweigert und dadurch regelmäfsig dem Kläger die Vorteile dieses Verfahrens vereitelt hätte. Es folgt aber auch mit Notwendigkeit daraus, dafs „der Magistrat, mit Recht oder Unrecht, den Prozefsweg überhaupt abschneiden oder wenigstens den erbetenen, vielleicht einmütig vorgeschlagenen modus agendi für unpassend erklären“ konnte. „War es doch gewifs seine Sache zu entscheiden, ob alle Voraussetzungen für den Abschlufs eines Prozefsvertrages vorlagen[1].“

Die Vereinbarungen der Parteien, die der legis actio per condictionem eigentümlich waren, mufsten sich vielmehr im Rahmen des vorgeschriebenen Prozefsweges bewegen. Unter dieser Annahme aber wird die legis actio per condictionem zum passenden Gegenstücke für die legis actio per iudicis postulationem. Auch diese stellt ein vereinbartes Prozefsverfahren in dem Sinne dar, dafs die Parteien, dafern nur diese Verfahrensart im konkreten Falle überhaupt zugänglich war, über die Person des iudex oder arbiter sich einigen konnten. Es ergiebt sich demnach für die Prozefsordnung der Legisaktionenzeit das Schema:

I. Allgemeine Verfahrensart: legis actio sacramento.

II. Besondere Verfahrensarten:
   a) legis actio per iudicis arbitrive postulationem,
   b) legis actio per condictionem.

In dem Charakter der besonderen Verfahrensart ist es von selbst gelegen, dafs sie nicht auf alle Rechtsverhältnisse, sondern nur auf die eine oder andere bestimmte Klasse davon Anwendung finden kann. Während nun das Anwendungsgebiet der legis actio per iudicis postulationem äufserst unbestimmt und bestritten ist, steht das der legis actio per condictionem aufser allem Zweifel. Es umfafst zunächst die certa pecunia, sodann seit der lex Calpurnia omnis certa res. So klar und unzweifelhaft jedoch diese

[1] Wlassak, Prozefsgesetze II. S. 336; I. S. 104 f., 124 f.

Gebietsabgrenzung auf den ersten Blick erscheinen mag, so scheint es doch nicht überflüssig, den Begriff der certa res des genaueren festzustellen[1]. Nur nebenbei sei auf die frühere Behauptung zurückgegriffen, dafs die legis actio per condictionem ein Specialverfahren gewesen ist, dessen Besonderheit nicht oder wenigstens zu keiner Zeit ausschliefslich in der mehrfach erwähnten denuntiatio gelegen sein kann. Ist doch der Beweis hierfür nicht schlagender zu erbringen als durch den Hinweis auf das beschränkte Anwendungsgebiet dieser Legisaktion. Denn wenn das Sakramentsverfahren auch nach Einführung der denuntiatio in seinen Verfahrensgang seine allgemeine Anwendbarkeit behauptete, warum sollte dann der Kondiktionsprozefs nur beschränkte Anwendung finden, sofern er in der That durch nichts anderes als durch die genannte Eigentümlichkeit ausgezeichnet gewesen sein sollte.

Was nun die certa res anbelangt, so bezeichnen die Quellen als solche nur die, die nach drei Dimensionen hin unzweifelhaft von allen anderen unterschieden, die nämlich hinsichtlich des quid, quale und quantum genau fixiert ist[2]. Solche Bestimmtheit aber war nicht schon damit gegeben, dafs der Gegenstand und dessen Qualität und Quantität im allgemeinen feststanden, vielmehr scheint das Wesen dieser technischen Bestimmtheit des Obligationsgegenstandes darin erblickt worden zu sein, dafs dessen Geldwert aufser Zweifel gestellt war[3]. Dafür spricht die unbestrittene Thatsache, dafs eine stipulatio, mochte das ihr innewohnende Verpflichtungsverhältnis auch völlig gewifs und bestimmt sein, im Hinblick auf ihr Objekt als incerta galt, dafern eben der Geldwert solcher Verpflichtung sich nicht ziffernmäfsig feststellen liefs, wie z. B. die Stipulation eines Niefsbrauches oder die Stipulation von Zinsen, weil in dem einen Falle der Kapital-

---

[1] Vgl. Rudorff, R.G. I. § 19; Baron, Abh. I. S. 188 ff.; Savigny, Obligationenr. I. S. 388 n. c.

[2] l. 6 D. 12, 1; l. 74, 75 D. 45, 1; l. 6 D. 6, 1.

[3] l. 1 pr. D. 13, 3; l. 6 pr. § 1 D. 42, 2; l. 12 D. 46, 2; vgl. Rudorff, R.G. II. Bd. S. 146; Baron, Abh. I. S. 88 f.

wert des stipulationsweise eingeräumten Rechtes von der zufälligen Lebensdauer der Berechtigten abhängig ist, im andern Falle angesichts der steten Kündbarkeit des Kapitals die Höhe des Gesamtzinsenbetrages nicht ein für allemal fixiert werden kann[1].

Kommt demnach dem certum in seiner technischen Verwendung jene specifische Bedeutung des ziffernmäfsig bestimmten Geldwertes zu, so ergiebt sich daraus für die Anwendbarkeit der legis actio per condictionem, dafs sie nur auf solche Rechtsverhältnisse Anwendung finden konnte, die entweder eine bestimmte Summe Geldes oder eine andere Sache von bestimmtem Geldwerte zum Gegenstande hatten, mag nun dieser Geldwert unter den Parteien im voraus irgendwie vereinbart gewesen oder dem Marktpreise oder einem sonstigen tarifmäfsigen Preise gleichgekommen sein.

Konnten aber von vornherein nur Sachen von bestimmtem Geldwerte Gegenstand des Kondiktionsverfahrens sein, so entfällt damit von selbst die Notwendigkeit, mit Baron[2] ein Selbstschätzungsrecht des Klägers anzunehmen, womit ein schwerwiegendes Bedenken beseitigt erscheint. Denn wenn ein Rückschlufs von dem klägerischen Rechte des Schätzungseides auf das Selbstschätzungsrecht überhaupt gestattet ist — und bei dem engen Zusammenhange dieser beiden Fragen wird ein solcher Schlufs kaum abzuweisen sein — so wird diese Annahme Barons wohl durch die Quellen selbst widerlegt, die den Schätzungseid des Klägers gerade bei den actiones stricti iuris nur innerhalb der engsten Grenzen zulassen, seine Hauptwirksamkeit hingegen auf das Gebiet der bonae fidei actiones verlegen. Dafs aber die legis actio per condictionem vorwiegend oder zum mindesten auch negotia stricti iuris umfafste, dies zu leugnen fällt ja selbst Baron nicht bei. Die Annahme des Selbstschätzungsrechtes steht und fällt überdies mit der berühmten l. 9 D. de R.C.[3]

[1] Vgl. Savigny, Das Obligationenr. I. S. 388 n. c.

[2] Abh. I. S. 90 f.

[3] Vgl. Pfersche, Bereicherungskl. S. 28 ff.; Pernice, Sav.-Z. R.A. 13. Bd. S. 250 f.

(12, 1). Nun ist diese Stelle durch Mitteis'[1] Auslegung wohl definitiv aus dem klassischen Rechtssysteme verbannt. Dann ist aber schon darum für das Selbstschätzungsrecht bei der condictio kein Raum mehr weder im Legisaktionen- noch im Formularprozesse.

Doch nun zurück zu der Frage, worin die Besonderheit der legis actio per condictionem bestanden, worauf sich die in der Benennung dieses Verfahrens angedeuteten Parteivereinbarungen bezogen haben können. Rückschlüsse aus dem klassischen Prozefs auf das Legisaktionsverfahren legen nun eine doppelte Vermutung nahe, die beide bereits ihren Ausdruck in der Litteratur gefunden haben.

Zunächst hat man nämlich unsere Legisactio in Verbindung gebracht mit dem Eide[2]. Dies m. E. mit Recht. Denn nicht nur findet diese Vermutung eine Stütze in der rein äufserlichen, bereits zu wiederholten Malen konstatierten Thatsache, dafs in den Digesten Justinians der Titel über den Eid sich an den über die Klage si certum petetur unmittelbar anschliefst, sondern dafür spricht auch die bemerkenswerte Erscheinung, dafs die wesentlichen Bestimmungen des genannten Titels über den ein weiteres Verfahren vor dem iudex abschneidenden Schiedseid regelmäfsig an die condictio anknüpfen. Es erscheint daher nicht unbegründet, wenn man eine der wesentlichen Neuerungen, die durch die legis actio per condictionem in das Prozefsverfahren eingeführt wurden, in einer Beschleunigung und Abkürzung des Verfahrens erblickt[3], die darin gelegen war, dafs die Parteien sich auf den Schiedseid verglichen, zu dessen eventueller Erzwingung

---

[1] Dogm. Jhrb. 39. Bd. S. 153 ff.

[2] Rudorff, R.G. II. S. 83; Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 152 n. 12; II. S. 175; Karlowa, Civilpr. S. 232; Voigt, ius nat. III. S. 761; Huschke, Multa S. 491; Keller-Wach, § 18 n. 247a; vgl. aber § 64 n. 742; Schultze, Privatrecht u. Prozefs I. S. 515; Demelius, Krit. Vierteljahrschr. 8. Bd. S. 511; Schiedseid S. 73; A. M.: Baron, Abh. I. S. 194, dagegen Demelius, Schiedseid S. 73 n. 4; vgl. auch Jhering, Geist I. 2. Aufl. S. 302 n. 2106.

[3] Heffter, Observationes ad Gaii Inst. cap. 5; vgl. auch Pernice, Labeo III. S. 227.

der Prätor seine Rechtsmittel gewährte[1]. Denn das ius iurandum in iure delatum macht Litiskontestation und Urteil überflüssig. Nur bedurfte es in manchen Fällen der Einschiebung eines arbitrium liti aestimandae[2]. Für die legis actio per condictionem aber scheint — dies soll unten gezeigt werden — auch dieses Einschiebsel entbehrlich gewesen zu sein.

Die Zulässigkeit des Schiedseides für unsere Legisaktion selbst zugegeben, bleibt doch noch die Frage zu beantworten, ob an einen Zwangs- oder an einen Konventionaleid, um die von Demelius[3] gebrauchte Terminologie zu verwerten, gedacht werden mufs. Die Natur des Kondiktionsprozesses als eines Verfahrens mit Parteivereinbarungen würde eher die Vermutung nahe legen, dafs es sich um einen Konventionaleid handelte. Andrerseits läfst sich aber „aus den Ediktskommentaren beweisen, dafs“ der Zwangseid[4] „auch zur Zeit von Ulpian und Paulus beschränkt geblieben ist auf das Gebiet des ed. si certum petetur“[5]. Dadurch würde mehr die Annahme unterstützt, dafs auch der Schiedseid der legis actio per condictionem Zwangseid gewesen sei. Keinesfalls wird sich aber die Frage angesichts der dürftigen und dunklen Überlieferung unbedingt in diesem oder jenem Sinne entscheiden lassen.

Wie dem auch sein mag, jedenfalls läfst sich gegen die Annahme des Schiedseides für die legis actio per condictionem nicht der Einwand geltend machen, dafs der Eid erst durch prätorisches Edikt zum ordentlichen Bestandteil des Prozesses gemacht worden sei. Zwar sagt Ulpian: ait praetor, si ..... iuraverit ....., allein dies hindert nicht, dafs das ius iurandum bereits dem Legisaktionenprozefs angehört habe. Nur dem im prätorischen Album geregelten Formular-

---

[1] Lenel, E. P. S. 189.

[2] Demelius, Schiedseid S. 16.

[3] a. a. O. S. 26 ff.

[4] Über die Natur des Zwangseides vgl. einerseits Schultze, Privatr. u. Prozefs I. S. 519, andererseits Demelius, l. c. S. 77 ff.

[5] Demelius, l. c. S. 37.

prozeſs muſste auch das Eidesverfahren erst durch prätorischen Machtspruch neuerdings einverleibt werden. Umgekehrt lieſse sich einwenden, daſs „die Eidesdelation schon in ältester Zeit existierte“ — führt sie doch Dionysius von Halikarnaſs auf Numa zurück[1]. Allein auch dies schlieſst die Annahme nicht aus, daſs sie gerade im Kondiktionenprozeſs zu voller und uneingeschränkter Geltung gebracht werden sollte. Jedoch sei immerhin soviel zugestanden, daſs diese mehr bestrittene als bewiesene Hypothese für sich allein betrachtet die Existenz eines selbständigen Prozeſsverfahrens, wie es die legis actio per condictionem gewesen sein muſs, nicht hinlänglich zu rechtfertigen vermöchte.

In der That ist denn auch mit dieser Institution der Eidesdelation die Besonderheit des Kondiktionsverfahrens nicht als erschöpft zu erachten. Vielmehr tritt noch eine zweite hinzu, die zum Eidesverfahren im Verhältnisse elektiver Konkurrenz stand, es ist die sponsio und restipulatio tertiae partis.

Baron[2] weist zwar die Annahme mit Entschiedenheit zurück, daſs durch die lex Silia auch die poena tertiae partis eingeführt worden sei, und stützt seinen Widerspruch vor allem darauf, daſs die sponsio tertiae partis auch im klassischen Prozesse bloſs bei certa pecunia credita, nicht bei certa pecunia schlechtweg statthabe. Allein fürs erste ist es überhaupt fraglich, ob die legis actio per condictionem auch auf andere Fälle als die im klassischen Rechte sogenannten Fälle der certa pecunia credita[3] habe Anwendung finden können, so daſs schon aus diesem Grunde Barons Argumentation wenig überzeugend zu wirken vermag. Sodann aber hätte niemand weniger als Baron sich dieses Gegengrundes bedienen dürfen. Denn wenn seine Lehre von der abstrakten Formel, wonach schon in iure die causa nicht an-

---

[1] Vgl. Baron, Abh. I. S. 194.

[2] Abh. I. S. 186 n. 2.

[3] Vgl. Puchta, Inst. § 162.

gegeben zu werden brauchte, richtig sein soll[1], so mufs auch die Formel der actio certae creditae pecuniae abstrakt, also mit jener der übrigen Kondiktionen identisch gewesen sein. War dies aber der Fall, so war dem Prätor dadurch notwendig die Möglichkeit benommen, schon in iure zu entscheiden, ob es im einzelnen Falle um certa credita oder blofs um certa pecunia sich handelte. Wie man daher heute darüber einig ist, dafs der namentlich im sechzehnten Jahrhundert[2] mit Heftigkeit geführte Streit, ob die in den Pandekten wechselnden Bezeichnungen der condictio certi und der actio certae creditae pecuniae zwei verschiedene Klagen oder nur zwei verschiedene Namen für dieselbe Klage bedeuten, ein Kampf gegen Windmühlen war, und wie der Heimbachsche Satz[3], dafs er sich „nach reiflicher Überlegung der Sache und historischer Durchdringung des Stoffes" gezwungen sehe, zwei nebeneinander bestehende Klagen anzunehmen, fast nur mehr ein Lächeln abzwingt, so scheint auch die Unterscheidung zwischen actio certae und certae creditae pecuniae mit dem heutigen Stande der Textkritik und Quellenkenntnis nicht vereinbar. Der Prätor konnte nur in beiden oder in keinem Falle die sponsio tertiae partis auferlegen[4].

Baron am wenigsten durfte deshalb, weil Gaius diese Sponsion gerade mit der actio certae creditae pecuniae in Zusammenhang bringt, an der Verallgemeinerung der Sponsion für jede actio certae pecuniae und an der Identificierung der actio certae und certae creditae pecuniae Anstofs nehmen. Denn Ciceros Rede für den Schauspieler Roscius, auf die er seine Beweisführung für die abstrakte Formel stützt, spricht nirgends von einer actio certae creditae pecuniae, sondern immer nur von certa pecunia schlechtweg, obwohl sie wenigstens in ihrem ersten Teile

[1] Vgl. Pernice, Labeo III. S. 212 n. 2.

[2] Vgl. Brissonius, de V. S. 3, s. v. certum; de form. 5, 29; Monardus, Comm. ad Cic. pro Roscio I. 372 A.

[3] Die Lehre vom Creditum, S. 45.

[4] Voigt, Cond. S. 258 ff.; ius. nat. 4. Bd. S. 392 ff.

ausschliefslich Fälle im Auge hat, die im Sinne Barons den Gegenstand einer actio certae creditae pecuniae zu bilden hätten.

Wenn nun auch nirgends berichtet ist, dafs die lex Silia es war, die das Sponsionsverfahren eingeführt hat, so berechtigt doch immerhin die quellenmäfsige Bezeichnung der sponsio als einer legitima, mag auch dem legitimum an sich eine schillernde Bedeutung zukommen[1], im Zusammenhalte mit der Identität der Formeln der actio certae und certae creditae pecuniae zu der Vermutung, dafs der Sponsionszwang[2] der condictio überhaupt und so schon der legis actio der lex Silia eigentümlich gewesen sei[3].

Trifft dies aber zu, so führt die Nutzanwendung des früher gewonnenen Satzes, dafs certa res im Sinne der lex Calpurnia nur eine solche war, die in dem für die Prozefsentscheidung mafsgebenden Zeitpunkte einen bestimmten Geldwert hatte, zu dem weiteren Resultate, dafs auch das Verfahren nach der lex Calpurnia die sponsio und restipulatio tertiae partis zu eigen hatte. Dieses Ergebnis wird nicht unwesentlich dadurch befestigt, dafs Gaius[4] nicht zwei verschiedene Formen der legis actio per condictionem anzunehmen, sondern sich lediglich darauf zu beschränken scheint, die Ausdehnung des Verfahrens nach der lex Silia auf omnis certa res durch die lex Calpurnia zu konstatieren, während er bei der legis actio sacramento zwei wesentlich

---

[1] Vgl. Pernice, Labeo III. S. 226 n. 4; Wlassak, Prozefsgesetze I. S. 33 f.

[2] Damit soll nicht geleugnet werden, dafs dieser „Zwang" nur fakultativ eintrat, vgl. Bruns, Z. f. R.G. I. S. 58; Jhering, Scherz S. 227; Demelius, Schiedseid S. 72 n. 1; Wlassak I. S. 108 f.; Mitteis, Dogm. Jahrb. 39. Bd. S. 158 n. 1; A. M. Kappeyne, Abh. zum röm. Staats- und Privatrecht, II. S. 209 f.

[3] Keller-Wach, Civilpr. S. 71 ff.; Voigt, ius. nat. III. S. 741 und n. 1205, 1206, S. 761; dazu Wlassak, Prozefsgesetze I. S. 99 n. 31; Rudorff, R.G. I. S. 84 n. 8; Bekker, Aktionen I. S. 76; Pernice, Labeo III. S. 226 f.; Pfersche, Bereicherungskl. S. 24 f.; Eisele, Exceptio S. 167 ff., 170.

[4] 4, 19.

verschiedene, selbständig nebeneinander herlaufende Verfahrensarten unterscheidet[1]. Dem tritt allerdings Bekker[2] in zweifacher Richtung entgegen. Seiner Meinung nach mufs Gaius ungezwungen dahin verstanden werden, dafs „die lex Silia eine Kondiktion für jede Forderung auf certa pecunia, die lex Calpurnia eine zweite Kondiktion für jede andere certa res eingeführt hat.“ Als Beweis hierfür gilt ihm die Erwägung, dafs die Nachbildung der condictio aus der lex Calpurnia „im Formularprozesse“ den Namen „condictio triticaria“ führt, und dafs dieses Beiwort „für diese Nachbildung so wenig wie für die Klage der lex Calpurnia“ „erfunden sein“ kann. „Nach der Zähigkeit und dem Beharrungsvermögen der einzelnen römischen Rechtsbildungen“ sei daher „nichts wahrscheinlicher, als dafs jede der beiden Kondiktionen ihr homogenes Muster auch schon in dem voraufgehenden Sakramentsprozesse besessen“ habe. Gegen die Ausdehnung der Sponsion auf die condictio aus der lex Calpurnia beruft er sich auf einzelne Stellen aus Gaius[3], Cicero[4] und der lex Rubria[5], die solche Sponsion ausschliefslich bei certa credita pecunia zu gewähren scheinen. Allein beiderlei Einwendungen erscheinen heute wenig stichhaltig. Die condictio triticaria ist inzwischen als ein terminologisches Machwerk der Kompilatoren gekennzeichnet worden[6]. Damit verliert auch der Rückschlufs von der zweifachen Formularcondictio auf die ebenso gegliederte condictio des Legisaktionenverfahrens von selbst seinen Halt. Ja es gewinnt dadurch gerade umgekehrt die hier vertretene Anschauung an Glaubwürdigkeit. Ebenso kann es keinem Widerspruche mehr begegnen, dafs pecunia und so auch pecunia certa credita im weiteren Sinne omnis certa res umfafste[7]. Dadurch büfst aber die Berufung auf jene Stellen

[1] Vgl. Wieding, Der Justinianeische Libellprozefs, 1865, S. 649.
[2] Aktionen I. S. 100 f., 260 n. 17; vgl. Baron, Abh. I. S. 187 n. 2.
[3] 4, 32, 33.
[4] pro Roscio Comoeda §§ 10, 12.
[5] Kap. 21.
[6] Vgl. vorläufig Trampedach, Sav.-Z. R.A. 17. Bd. S. 150 f.
[7] Vgl. vorläufig: Gaius 3, 124; l. 222 D. 50, 16.

ihre Bedeutung ein, die eine Sponsion und Restipulation des dritten Teiles nur bei pecunia certa credita zulassen. Die Vermutung, dafs auch die lex Calpurnia unter dieser Sanktion gestanden, gewinnt demnach an Zuverlässigkeit, soweit von solcher bei dem dürftigen Quellenmateriale für diese Zeit überhaupt gesprochen werden kann.

Mit dieser doppelten Möglichkeit der Parteivereinbarung, die dem Kondiktionsverfahren eigentümlich war, mochte es nun wohl auch im Zusammenhange stehen, dafs der iudex nicht sofort ausgelost, sondern zu diesem Behufe die Tagsatzung auf dreifsig Tage erstreckt wurde. Denn einmal dürfte, wenngleich die erste Tagsatzung nicht lediglich, wie bei der legis actio sacramento, auf das peragere postulata und das infitiari beschränkt blieb, sondern auch in dieser Richtung schon der beschleunigte Charakter des Kondiktionsverfahrens zum Ausdruck kam, doch nur die condictio, d. h. die Parteivereinbarung schon in diesem ersten Termine stattgefunden haben, während der Eid oder die in Aussicht genommene Sponsion erst in der erstreckten Tagsatzung zum Austrage kam. Zur Glaubhaftmachung dieser Vermutung, dafs erst im erstreckten Termine geschworen, bez. spondiert und restipuliert wurde, mag überdies die von Karlowa[1] herangezogene Analogie der lex Julia municipalis dienen, wonach „die Verpflichtung des Hauseigentümers zur Zahlung der Säumnisstrafe von fünfzig Prozent der Hauptschuld erst nach Ablauf von dreifsig Tagen eintritt."

Schon darin also, dafs vielleicht der Prozefs noch immer zu vermeiden war und eine Möglichkeit zum aufsergerichtlichen Ausgleiche geboten werden sollte, kann man den Grund dafür erblicken, dafs der iudex erst bei der zweiten Tagsatzung ausgelost wurde[2], dafern man nicht vorzieht, diese angebliche Besonderheit der legis actio per condictionem mehr in den Hintergrund treten zu lassen und sie

---

[1] l. c. S. 233 f.

[2] Vgl. Karlowa, Civilpr. S. 258; Sohm, Inst. 7. Aufl. S. 228 n. 8; Bechmann, Sitzungsbericht der bayr. Akad. der Wissensch. 1890, 2. Bd. S. 171.

ebenso wie die entsprechende Fristbestimmung der lex Pinaria auf rein administrative Bedürfnisse der Gerichtsverfassung zurückzuführen, die aus der eigentümlichen Einrichtung der Geschworenenlisten und Geschworenenbestellung hervorgingen[1].

Vergegenwärtigen wir uns nunmehr kurz den Gang des Verfahrens per condictionem, so zerfällt dieses wie jede andere legis actio in zwei Abschnitte. Der erste Teil in iure gliedert sich wiederum in zwei gesonderte Vorgänge, die sich, der eine bei der ersten, der andere bei der erstreckten Tagsatzung abspielen. Den Gegenstand der ersten Tagsatzung bildet die kurze Darlegung des Sachverhaltes und unmittelbar daran anschliefsend die condictio, das Parteiübereinkommen. Dieses kann einen doppelten Inhalt haben, nach dessen Verschiedenheit sich der Rechtsgang in der zweiten Tagsatzung in iure bestimmt. Entweder vereinen sich die Parteien auf den Eid, dann wird die Eidestagsatzung auf den dreifsigsten Tag anberaumt, vielleicht auch der Eid sofort geschworen; damit ist die Rechtssache endgültig erledigt und es entfällt jedes weitere Verfahren, insbesondere auch das ganze Verfahren in iudicio. Die weitere Mitwirkung des Gerichtes beschränkt sich in diesem Falle darauf, den Eid, falls seine Ablegung verweigert werden sollte, mit seinen Zwangsmitteln zu provozieren. Im anderen Falle vereinen sich die Parteien auf die ordentliche Austragung des Rechtstreites cum poena tertiae partis. Auch in diesem Falle wird die Tagsatzung zunächst auf dreifsig Tage erstreckt ad iudicem capiendum. Gleichzeitig oder erst im erstreckten Termine werden sponsio und restipulatio tertiae partis geschlossen. Im übrigen nimmt das Verfahren von der zweiten Tagsatzung an einen Verlauf, der im grofsen und ganzen dem bei der legis actio generalis üblichen entspricht. Das Kondiktionsverfahren zeichnet sich demnach durch eine Duplicität des Verfahrens aus, die im klassischen Prozesse eine Analogie

---

[1] Hartmann-Ubbelohde, Der Ordo Judiciorum I. S. 456 ff., 460.

nur in dem Interdiktsverfahren cum poena und sine poena findet.

Abgesehen von der Beschleunigung des Verfahrens durch den Schiedseid bietet jedoch die legis actio per condictionem nach dem bisherigen noch keine besondere Eigentümlichkeit gegenüber dem Sakramentsprozefs dar. Denn auch die sponsio und restipulatio tertiae partis weist nicht so sehr ihrem Wesen nach als vielmehr nur in der Art ihrer Ausgestaltung eine Neuheit gegenüber dem Bufsgelde der legis actio sacramento auf. Es fehlt daher offenbar noch die Erkenntnis jener Besonderheit, die das Entstehen dieser neuen Verfahrensart zufriedenstellend rechtfertigen würde.

Baron[1] meint nun, der Umstand, dafs zur Zeit des Legisaktionenprozesses der Geschworene stets angewiesen wurde, den Beklagten auf ipsa res zu verurteilen, stehe der Annahme eines Selbstschätzungsrechtes des Klägers auch schon für diese Zeit nicht entgegen. Denn dadurch sei blofs dem Geschworenen die Schätzungsbefugnis abgesprochen, die des Klägers dagegen nicht berührt. Das Selbstschätzungsrecht des Klägers mufste jedoch trotzdem bereits abgelehnt werden. An dieser Stelle erübrigt daher nur mehr, zu dem anderen Teile der Baronschen Behauptung Stellung zu nehmen, wonach dem Geschworenen der Legisactio die unbedingte Pflicht auferlegt war, immer auf res ipsa zu kondemnieren. Diese Behauptung stützt sich auf Gaius (4, 48): Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam condemnationem formula concepta est; itaque etsi corpus aliquod petamus ..... iudex non ipsam rem condemnat ..... sicut olim fieri solebat.

Ihre Stichhaltigkeit wird daher davon abhängig sein, welche Zeitbestimmung durch das „olim“ gegeben ist. Bekker[2] hält es nicht für ausgeschlossen, dafs die Geldkondemnationen „erst durch die l. l. Juliae zur allgemeinen

[1] Abh. I. S. 198 f.

[2] Aktionen I. S. 79.

Regel erhoben wären". Jedenfalls liefern Plautus, Gellius und Cicero, wie er selbst[1] zugesteht, kein irgend zuverlässiges Material zur Lösung dieser Frage; dies schon deshalb nicht, weil die Geldkondemnation gerade in solchen Fällen zuerst Platz gegriffen haben kann, die sich unter den von den genannten Autoren behandelten zufällig nicht befanden. Dagegen scheinen in einer Richtung dennoch Gaius' Worte aufklärend zu wirken. Er spricht von „omnium formularum" ohne Unterschied und setzt diesen das olim schlechtweg entgegen. Nun versteht aber Gaius unter formula an sich den Formularprozefs im Gegensatze zur Legisaktion überhaupt[2]. Daraus scheint jedenfalls geschlossen werden zu müssen, dafs er die Geldkondemnation für den Formularprozefs ohne Ausnahme, daher auch schon für die formulae nach der lex Aebutia in Anspruch nimmt. Eine andere Frage aber ist es, ob die Geldkondemnation für den Legisaktionenprozefs allgemein und in jeder seiner Erscheinungsformen abzulehnen ist. Diese Frage nun scheint gerade für die legis actio per condictionem verneint werden zu müssen.

Wlassak[3] hält es für wahrscheinlich, dafs die condemnatio pecuniae „in beschränktem Umfang schon vor der Reform bekannt", und dafs es „nicht gerade das Äbutische Gesetz gewesen sein" mufs, durch das „sie im Formularprozesse obligat wurde". Andererseits freilich scheint es ihm „allzu kühn, auch nur eine Vermutung zu äufsern, obwohl es nahe liegt, die Reform in beiderlei Beziehung demselben Gesetze zuzuweisen." Daran anschliefsend möchte ich es nicht als unwahrscheinlich bezeichnen, dafs die lex Calpurnia es war, die für Klagen auf certa res nach dem Muster der lex Silia die Geldkondemnation statuierte, und dafs die lex Aebutia diese bewährte Neuerung, die auch schon im

---

[1] Aktionen I. S. 82, 296 ff.

[2] 4, 30.

[3] Prozefsgesetze I. S. 245 n. 10; vgl. auch S. 65 n. 6; Keller-Wach, Civilpr. § 16 n. 222 und die dort Citierten.

Fremdenprozesse in Übung gestanden haben mochte[1], auf das agere per formulam überhaupt übertrug.

Im besonderen Hinblicke auf diese Frage wurde zuvor schon betont, dafs die legis actio per condictionem auf certa pecunia und certa res beschränkt gewesen und dafs das charakteristische Merkmal des certum in der pekuniaren Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit zu suchen sei. Ist dies aber zutreffend, dann bereitet es keine Schwierigkeit, die legis actio per condictionem in jeder ihrer Erscheinungsformen, sowohl dort, wo sie zur Verfolgung einer bestimmten Summe Geldes, als auch dort, wo sie zur Verfolgung einer alia certa res bestimmt war, von der sponsio und restipulatio tertiae partis beherrscht zu denken. Unter diesen Voraussetzungen scheint es auch fast selbstverständlich, dafs der Geschworene regelmäfsig, ohne dafs es eines Selbstschätzungsrechtes auf seiner oder des Klägers Seite bedurfte, unmittelbar auf Geld verurteilte. Gerade darin nun scheint der wesentliche Grund für die Einführung dieser neuen Prozefsform gelegen zu sein, dafs man an Stelle der Natural- die Geldkondemnation setzen wollte. Dies hing aber vielleicht mit der Umgestaltung des Exekutions- und Schuldrechtes zusammen, mit der Milderung des letzteren und der Umwandlung des ersteren aus der Personal- in die Realexekution. Diese Neuerungen, zunächst im Interesse des Schuldners gedacht, erheischten eine Paralysierung zu Gunsten des Gläubigers. Eine solche aber fand man vermutlich darin, dafs es dem Gläubiger nunmehr ermöglicht wurde, anstatt zunächst nur auf ein bestimmtes, zur Zeit der Exekutionsführung vielleicht nicht mehr im Vermögen des Schuldners vorhandenes Objekt, nämlich den eigentlichen Klagegegenstand, sofort auf das gesamte Bargeld des Schuldners zu greifen, ohne dafs er hierzu eines besonderen Nachverfahrens bedurfte.

„Man wird hierbei von der nach dem vorhandenen Quellenmaterial, zwar schwerlich stringent zu erweisenden,

---

[1] Wlassak, l. c. I. S. 245 n. 10.

aber doch überaus wahrscheinlichen Annahme ausgehen müssen, dafs mit der Manusinjektion nur Gelderkenntnisse zu exequieren gewesen. War also die res selber keine Geldsache, so mufste entweder ein anderes Exekutionsmittel zur Anwendung gebracht oder das Erkenntnis nachträglich zum Gelderkenntnis umgestaltet werden[1]," um als Grundlage der Manusinjektion zu dienen[2]. Das Verfahren nach der lex Silia macht, wie von selbst einleuchtet, sowohl das eine wie das andere von vornherein überflüssig. Denn hier bildete ohnedies certa pecunia den Gegenstand der Kondemnation und damit sofort auch der Exekution. Der leitende Gedanke bei Einführung der Verfahrensart nach der lex Silia kann daher, von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, nur der gewesen sein, dem Gläubiger ein ebenso rasches wie strenges Verfahren für Ansprüche auf certa pecunia zu schaffen. Als jedoch die lex Calpurnia dieses Verfahren auf omnis certa res ausdehnte, bezielte sie zweifelsohne die Ausdehnung aller Vorteile des bisherigen Kondiktionsverfahrens auf dieses neue Anwendungsgebiet. Zu diesen Vorteilen aber zählte in erster Linie der Wegfall des Nachverfahrens. Die Erhaltung auch dieses Vorteiles konnte jedoch nur dadurch erreicht werden, dafs auch nach der lex Calpurnia sofort auf Geld kondemniert wurde.

Die Zulässigkeit und Möglichkeit dieser Annahme hängt offenbar auf das engste mit der Entwicklung der litis aestimatio zusammen. Deren ursprüngliche Zweckbestimmung war es jedenfalls vorwiegend, das Naturalerkenntnis nachträglich zum Gelderkenntnisse umzugestalten. Nun fehlt es allerdings an näheren und unmittelbaren Nachrichten über die litis aestimatio gänzlich[3]. Allein ihre ältesten Spuren sind immerhin schon im Zwölftafelrechte zu finden, wonach der prozefsleitende Magistrat drei arbitri zur Abschätzung der stlis und der vindiciae bestellte[4].

---

[1] Bekker, Aktionen 1. S. 77.
[2] Vgl. Bekker, Aktionen I. S. 85 f.
[3] Vgl. Keller-Wach, Der röm. Civilpr. 5. Aufl. S. 75 f.
[4] Vgl. Voigt, Die XII Tafeln: XII. 3 und 2. Bd. S. 664 f.

Man nimmt nun zwar allgemein an, dafs die Zwölftafelnorm „von einem Nachverfahren, nicht von der Vindikation selbst"[1] handelte, allein mangels positiv bestimmter Zeugnisse mag immerhin der Zweifel gestattet sein, ob nicht die Litisaestimation in manchen Fällen wenigstens ein Vorverfahren darstellte[2]. Konnte es doch unter Umständen als äufserst wünschenswert, wenn nicht gar als notwendig erscheinen, den Wert des Streitgegenstandes im voraus festzustellen. Wenigstens ist nicht abzusehen, wie sonst ein sicherer Anhaltspunkt darüber zu gewinnen war, ob das sacramentum quingenarium oder ob nur das sacramentum quinquagenarium im einzelnen Falle am Platze sei.

Mag sich dies verhalten, wie es wolle; jedenfalls trifft in dieser Verwendung die Zweckbestimmung der litis aestimatio als der eines Umwandlungsverfahrens zu. Derselben Tendenz dient sie nach dem Zeugnisse der Quellen noch in einigen anderen Fällen[3]. Von besonderer Wichtigkeit für diesen Zusammenhang scheint jedoch ihre Verwendung im Repetundenprozesse.

So dunkel auch die älteste Geschichte des Repetundenprozesses nicht minder wie die des Kondiktionenprozesses sein mag, so dafs „über die älteren Repetundengesetze" „nur luftige Vermutungen"[4] möglich sind, so kann doch der Zusammenhang beider nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden. Die Gemeinsamkeit der Terminologie und die wenigstens dem Namen nach gleiche Quelle fällt jedenfalls in dieser Hinsicht schwer ins Gewicht[5]. Mommsen[6]

---

[1] Wlassak, Prozefsgesetze II. S. 294; vgl. Bekker, Aktionen I. S. 63, 82; Bechmann, l. a. sacram. S. 31 ff.

[2] Gedanke von Mitteis in mündlicher Auseinandersetzung angeregt.

[3] Vgl. Bekker, Aktionen I. S. 84 ff.

[4] Wlassak, Prozefsgesetze I. S. 172 n. 9; vgl. Mommsen, C. J. L. I. S. 198; Rudorff, Abh. der Berl. Akademie, 1861, S. 517; Rein, Kriminalrecht der Römer, S. 616, 619; Zumpt, Kriminalrecht der röm. Republik, II. 1 S. 42–54, 171–173.

[5] Vgl. Pernice, Labeo III. S. 232 f.

[6] Röm. Strafrecht, S. 708.

erblickt daher in der lex Calpurnia repetundarum „ohne Zweifel dasselbe calpurnische Gesetz, welches im Civilrecht die für die Geldschuld eingeführte personale Forderungsklage auf Forderungen jeder Art ausgedehnt hat.“ Ihm scheint daher auch „die Rückforderungsklage wegen ungerechtfertigten Geldnehmens des Sachwalters gegen das Cincische oder des Beamten gegen die Repetundengesetze“ „keine andere als die condictio, nach Gaius Ausdruck, de omni certa re“[1] zu sein. Diese lex Calpurnia aber ist zugleich die erste, die das Repetundenverfahren in feste Form gebracht hat[2]. Die Stellung, die der litis aestimatio in ihrem Rahmen zukam, ist daher aus mehr als einem Grunde für das Kondiktionenverfahren von Bedeutung. Doch fehlt es auch hierfür an unmittelbaren Nachrichten. Nur Rückschlüsse aus dem späteren Rechtszustande können die Aufklärung der damaligen Verhältnisse vermitteln.

Das Verfahren nach der lex Calpurnia scheint ein doppeltes gewesen zu sein. „Wenn ein Bürger diese Klage anstellt, so geht sie an den Stadtprätor und zwar in dem von diesem dafür festgestellten Formular, der legis actio per condictionem[3].“ War jedoch ein Nichtbürger Kläger, so erfolgte die Anstellung der Klage mit legis actio sacramento[4]. In diesem letzteren Falle mufste es zweifellos „zu einem doppelten Geschworenenspruch“ kommen, denn dem eigentlichen Schuldspruche mufste die litis aestimatio nachfolgen.

Nun hat aber die litis aestimatio, soviel aus den Quellen entnommen werden kann, nicht in allen Fällen blofs die Natur eines lediglich der Abschätzung des Streitgegenstandes dienenden Sonderverfahrens gehabt[5]. Sie konnte vielmehr auch anderen Zwecken dienen. So scheint „bei der Verlöbnisklage und der Klage auf Talion die Litis-

---

[1] l. c. S. 721.
[2] Lex Acilia rep. C. J. L. I. [2] (pag. 58 sequ.) Z. 74.
[3] Mommsen, l. c. S. 721.
[4] Lex Acilia Z. 23.
[5] Vgl. Bekker, l. c. S. 84.

aestimation als Incidenzpunkt eines vor einem und demselben iudex verlaufenden, mit condemnatio pecuniaria endigenden Verfahrens"[1] behandelt worden zu sein. Andererseits hat im Formularprozesse das prätorische Edikt „ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat" eine in iure vorzunehmende aestimatio im Auge, „deren Resultat selbstverständlich unter Minderungsrecht des Prätors in die Formel aufgenommen wurde[2]." Endlich wurde vielfach erst durch die Litisaestimation „dem bisher nur als Form bestehenden Kondemnationsanspruch sein Inhalt gegeben." „Erst bei der Ästimation wird entschieden, wegen welcher einzelnen Thatsachen der Kondemnierte haftbar ist." „Durch die Litisaestimation" werden „bisher Unbeteiligte in den Prozefs und in die Verurteilung mit hineingezogen[3]." Nun werden gerade im Repetundenverfahren „die Forderungen verschiedener, häufig zahlreicher Kläger ohne vorgängige Definierung zusammengefafst, dennoch aber über die Thatfrage nur einmal und ohne Beziehung auf die einzelnen Forderungen von den Geschworenen abgestimmt, also das Geldnehmen überhaupt bejaht oder verneint[4]." Daher erwächst hier für das Ästimationsverfahren in hervorragender Weise die Aufgabe, die einzelnen Forderungen erst selbst festzustellen, nicht blofs ihre Umrechnung in Geld vorzunehmen. Diese Aufgabe aber fiel wenigstens nach der lex Acilia[5] denselben Männern zu, die das Urteil in der Hauptsache gesprochen hatten.

In der legis actio sacramento also, die jedenfalls noch unter dem Banne der Naturalkondemnation stand, fiel der litis aestimatio offenbar die doppelte Aufgabe zu, die Forderungen selbst festzustellen und ihren Wert in Geld um-

---

[1] Kipp, Paulys Realencykl. I. 2. Aufl. S. 688; vgl. Karlowa, Civilpr. S. 155; Gellius, N. A. 4, 4, 2.

[2] Lenel, E. P. S. 60.

[3] Bekker, Aktionen I. S. 301; vgl. Cic. in Verrem I. 38; II. 1, 95; pro Cluent. 116; ad fam. 88 § 2 u. a. m.

[4] Mommsen, Strafrecht, S. 725.

[5] C. J. L. I. [2] Z. 58; vgl. Cic. pro Cluent. 116; Bekker, Aktionen I. S. 82.

zurechnen. Als man jedoch das Verfahren der lex Silia, die ihrer ganzen Anlage nach der Litisaestimation in deren beiden Funktionen entraten konnte, durch die lex Calpurnia auf omnis certa res ausdehnte, war man zweifellos von dem Bestreben geleitet, die Notwendigkeit der Litisaestimation auch für diesen Fall auszuschliefsen. Den Anstofs dazu hat vielleicht der Repetundenprozefs gegeben, der wenigstens den römischen Bürgern möglichst rasch zu ihrem Rechte verhelfen sollte. Dafs die lex Calpurnia jedoch „die Abschätzung jedes Objektes zu Gelde“ bestimmt habe, „um die jedes Vermögensobjekt umfassende Repetundenforderung in die Form der durch das silische Gesetz für Geldschulden eingeführten Kondiktion zu bringen[1],“ kann wohl aus dem einfachen Berichte des Gaius nicht herausgelesen werden. Ebenso unzutreffend ist der dafür geltend gemachte Grund, dafs nach der „Regel des Privatprozesses“ „die Verurteilung auf eine feste Geldsumme lauten“[2] mufste. Denn diese Regel kann mit Zuverlässigkeit erst für den Formularprozefs behauptet werden. Wohl aber spricht sich in der Beschränkung auf die certa res der Gedanke deutlich aus, dafs auch dem erweiterten Kondiktionsverfahren nur geldmäfsig bestimmte Forderungen zugänglich sein sollten, denn die geldmäfsige Bestimmtheit ist ein unerläfsliches Merkmal des Begriffes certum. Steht dies aber fest, so kann der Grund hierfür nicht leicht ein anderer gewesen sein als der, auch im Verfahren um certa res an die Stelle der Naturalkondemnation mit nachfolgender Ästimation sofort die Geldkondemnation treten zu lassen. Andererseits aber legte diese Neuerung auch die Pflicht weiser Beschränkung auf, wenn anders die Vorteile des Verfahrens gewahrt und das Eindringen von Willkür und Härte hintangehalten werden sollte. Die Ausdehnung auf omnis (incerta) res verbot sich daher ebensosehr von selbst, wie auch aus Gründen dieser Art die Annahme eines Selbstschätzungsrechtes un-

---

[1] Mommsen, Strafrecht, S. 725.

[2] Mommsen, l. c. S. 724.

wahrscheinlich dünkt. Denn nur die certa res, deren Geldwert von vornherein feststand, liefs ein abgesondertes Schätzungsverfahren entbehrlich erscheinen, ohne dafs dadurch die Gefahr heraufbeschworen wurde, den einen oder anderen Streitteil in seinen ursprünglichen Ansprüchen wesentlich zu verkürzen.

Eine weitere Ausdehnung des Anwendungsgebietes dieser Legisaktion wäre nur unter der Voraussetzung denkbar, dafs die condictio abgesehen von dem ihr bereits zugewiesenen Inhalte auch die Vereinbarung auf einen bestimmten Geldwert in sich schliefsen konnte. Diese Vereinbarung hätte den Charakter einer dem Verfahren in iudicio vorausgehenden, vielleicht dem Minderungsrechte des Prätors unterworfenen Parteiabmachung an sich getragen, deren Zweck es war festzustellen, quanti res est. Nicht ein Selbstschätzungsrecht des Klägers, sondern ein gemeinsames Selbstschätzungsrecht der beiden Parteien wäre darin ausgedrückt. Damit wäre die Möglichkeit geschaffen gewesen, jeden Anspruch unter das Kondiktionsverfahren zu bringen, dafern nur beide Parteien sich rechtzeitig bereit erklärten, an Stelle des eigentlichen Streitgegenstandes eine bestimmte Summe Geldes anzunehmen. Zweck auch dieser Vereinbarung wäre schliefslich nur gewesen, das hemmende Schätzungsverfahren aus dem Rechtsstreite von vornherein auszuscheiden. Diese Abschwächung des ursprünglich strengeren certum und nichts anderes kommt vielleicht noch in jenen Stellen zum Ausdrucke, die dem Kläger das Recht einräumen aut ipsum aut tantundem repetere[1]. Denn sollten diese Stellen nur besagen, dafs Kläger etwas anderes erhalte, als er fordere, nämlich Geld, so wären sie allerdings von einer trivialen Selbstverständlichkeit. Ist doch späterhin die Geldkondemnation etwas Allgemeines und jedem Kläger im voraus Bekanntes[2]. Will man jedoch in ihnen einen Anklang an den ursprünglichen Zustand finden, so kann man sie viel-

[1] l. 7 D. 12, 6; l. 72 pr. D. 45, 1 u. a. m.
[2] Vgl. Pernice, Sav.-Z. R.A. 13 S. 251; Labeo II. S. 268.

leicht damit in Zusammenhang bringen, dafs schon damals nicht nur wirkliches certum, sondern alles, was eine Abschätzung in Geld zuliefs, zur Geldkondemnation führen konnte. Sie bringen dann den Übergang des certum von der geldmäfsigen Bestimmtheit zur geldmäfsigen Bestimmbarkeit zum Ausdrucke. Als gewichtiges Bedenken könnte dieser Ausdehnung der legis actio per condictionem nur die Gerichtshoheit des Prätors entgegengestellt werden, die es nicht zuliefs, dafs die Wahl eines Verfahrens von der Parteiwillkür abhängig gemacht wurde. Allein die den Parteien eingeräumte Möglichkeit solcher Wahl und die Machtbefugnis des Prätors, den Eintritt in eine bestimmte Verfahrensart zu versagen, sind keine Gegensätze, die sich gegenseitig ausschliefsen. Das Verfahren kann von den Parteien gewählt, es kann aber von dem Prätor nicht blofs versagt, sondern auch zugelassen werden. Die Verallgemeinerung der Geldkondemnation im Formularprozesse läfst aber darauf schliefsen, dafs die Zulassung in diesem Falle häufiger gewesen sein dürfte als die Versagung.

Unzweifelhafte Beweisstellen lassen sich freilich für diese Annahmen so wenig beibringen wie für alle bisherigen Erklärungsversuche[1] der legis actio per condictionem. Immerhin aber wird der vorliegenden Annahme der Charakter der Ungezwungenheit nicht gänzlich abgesprochen werden können. Sie gewährt auch den Vorteil, dafs dadurch das lang vermifste Mittelglied zwischen der Naturalkondemnation von früher und der Geldkondemnation von später gefunden und die anscheinend sprungweise und an sich unverständliche Entwicklung in diesem Punkte in eine organische und aus der Natur der Sache verständliche umgewandelt scheint[2]. Sie läfst es endlich begreiflich erscheinen, warum späterhin gerade der Zeitpunkt der Litiskontestation[3] bei allen Klagen

[1] Vgl. Huschke, Richters Jahrbb. 1. Bd. S. 891 f.; Mommsen, ebenda 9. Bd. S. 878; Puchta, veris. cap. 3, pag. 9; Rudorff in Puchtas Inst. II. S. 92 n. f.; Eisele, exceptio S. 154 ff. u. a. m.

[2] Vgl. Bekker, Aktionen I. S. 75; Baron, Abh. I. S. 205 f.

[3] Über die Frage der Litiskontestation im Legisaktionenprozefs

des strengen Rechtes als maſsgebender Zeitpunkt für die Beurteilung des Wertes des Streitgegenstandes erklärt wurde. Muſste doch bei den Klagen auf certa pecunia und certa res, die dem Kondiktionsverfahren unterworfen waren, das certum spätestens in diesem Zeitpunkte, sei es nun auf Grund der bekannten Preistarife oder auf Grund der Parteivereinbarung, festgestellt sein, wenn anders per condictionem sollte verfahren werden können. Im Kondiktionsverfahren aber wurden jedenfalls, wie auch später, vor allem die strengen Rechtsgeschäfte der Stipulation, des Darlehens und des Litteralkontraktes eingeklagt. Nichts war daher natürlicher, als daſs man diesen Maſsstab beibehielt, nachdem die legis actio per condictionem bereits längst ihre Herrschaft eingebüſst hatte.

Darum also war die legis actio per condictionem auf certa pecunia und certa res beschränkt, weil man in ihr eine Verfahrensart schuf, die im ersten Falle vornehmlich durch ihre Raschheit und Strenge, im zweiten Falle insbesondere auch dadurch wirken sollte, daſs sofort auf Geld verurteilt wurde. Die Umwandlung der Natural- in die Geldkondemnation diente vermutlich auch dazu, ein geeignetes Substrat der jugendlichen Realexekution zu bilden. Denn das charakteristische Merkmal der Real- gegenüber der Personalexekution ist zwar in erster Linie darin gelegen, daſs sie statt der Person bloſs das Vermögen des Schuldners ergreift. Unter dem Vermögen aber nimmt allezeit das Bargeld die erste Stelle ein. Das Kondiktionsverfahren kam daher auch der Realexekution dadurch entgegen, daſs es dem Gläubiger

---

vgl. einerseits Heffter, Institutionen des röm. und teutschen Civilpr. 1825, S. 281 ff., 295; Puchta, Inst. II. S. 187 ff. (ed. Rudorff); Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zeitschr. 5. Bd. S. 76; andererseits: Keller, Litiscontestation, § 1; Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 178 n. 4; Wlassak, Prozeſsgesetze I. S. 99 n. 31, II. S. 36; Litiskontestation S. 4 ff., S. 56 n. 1, S. 80 ff., 84 f.; Eisele, Exceptio S. 177 ff. führt die Litiskontestation bekanntlich gerade auf die l. a. per cond. zurück, ebenso räumt Voigt, ius. nat. III. S. 750 ff. der l. a. per cond. besondere Bedeutung für die Geschichte der Litiskontestation ein, vgl. dazu Wlassak, Prozeſsgesetze I. S. 99 n. 31 und die dort Citierten.

ohne schleppendes Nachverfahren die Möglichkeit bot, sofort Exekution auf Geld zu erwirken[1]. In diesem Sinne gewährte daher die legis actio per condictionem durch das ihr eigentümliche strenge und beschleunigte Verfahren mit Schiedseid und Strafstipulation nicht minder wie durch ihr Geldurteil dem Gläubiger Ersatz für die seinen Händen entwundenen strengen Schutzmittel der Personalexekution.

Zu all diesen Voraussetzungen und Eigentümlichkeiten der legis actio per condictionem pafst nun auch die Vermutung Barons, dafs bereits deren Formel eine abstrakte gewesen sei, d. h. dafs im Kondiktionsprozefs die causa in die Formel nicht aufgenommen wurde. Denn für die legis actio per condictionem kam es lediglich darauf an, dafs das Streitobjekt ein solches von bestimmtem Geldwert war, gleichgültig, auf Grund welches Thatbestandes solche Sache im Streite verfangen war; nur dafs in dieser Abstraktheit der Kondiktionenformel keine Neuerung gegenüber dem Sakramentsprozefs erblickt werden kann. Zwar ist mit Rücksicht auf die von Baron als Gegenargument angeführten Klagen de arboribus succisis und de membro rupto, die jedenfalls mittels legis actio sacramento geltend zu machen waren, und die zweifelsohne die Angabe der causa enthielten, — denn wie wäre sonst das bekannte, von Gaius angeführte Beispiel der Sachfälligkeit möglich — nicht anzunehmen, dafs die legis actio sacramento in allen Fällen der Angabe der causa in der Formel entraten konnte. Allein andrerseits steht nichts der Annahme entgegen, dafs im Sakramentsverfahren um Schuld dieselbe abstrakte Formel im Gebrauche stand, zumal diese Annahme nicht unwesentlich durch die Worte des Probus[2] unterstützt wird: in legis actionibus haec: aio te mihi dare oportere, die eine abstrakte Formel für die Legisaktionen überhaupt, nicht blofs für eine bestimmte Gattung von ihnen zu überliefern scheinen[3].

---

[1] Vgl. Bekker, Aktionen I. S. 83.
[2] Vgl. Probus, 4, 1.
[3] Pernice, Labeo III. S. 226; Eisele, Exceptio S. 155.

Werfen wir nun nochmals einen Blick zurück auf das Gesamtbild der legis actio per condictionem, so müssen wir vor allem gestehen, dafs sich aus den wenigen Trümmern der Überlieferung kaum jemals ein Bau wird aufführen lassen, der allen Zweifeln und Bedenken gerecht werden könnte. Nur eines steht fest, weil es in unzweideutigen Worten uns berichtet wird, und daran wollen wir uns halten: die legis actio per condictionem war beschränkt auf certa pecunia und certa res. Damit scheint wenigstens ein wesentliches Moment der condictio herübergerettet zu sein aus nebelhafter Vorzeit, und auf dieser Grundlage wollen wir fortbauen. Angesichts dieser feststehenden und lückenlosen Überlieferung aber erscheint es mehr als überflüssig, auch nur einen Augenblick dem Zweifel Raum zu geben, ob nicht schon die legis actio per condictionem zuweilen auf ein incertum gerichtet werden konnte[1].

Die Frage endlich, ob die legis actio per condictionem mögliche Prozefsform nicht blofs für stricti iuris negotia, sondern auch für solche bonae fidei gewesen sei, so entschieden sie auch von Baron[2] in letzterem Sinne bejaht wird, läfst sich auf Grund des vorhandenen Quellenmateriales wohl schwerlich mit Sicherheit entscheiden[3]. Dieselbe Vermutung wurde bereits vor ihm von Demelius[4] in überaus ansprechender Weise begründet. Allein sie konnte des ungeachtet keinen Anklang finden[5]. Insofern übrigens die Beantwortung dieser Frage nur immer wieder auf Grund von Rückschlüssen aus dem Wesen der condictio des klassischen Prozesses erfolgen kann, erweist sie sich von vornherein ungeeignet, ihrerseits einen Beitrag zur Aufklärung jener zu liefern. Nur soviel scheint wahrscheinlich, dafs die legis actio per condictionem und die legis actio per iudicis postu-

---

[1] Vgl. Karlowa, l. c. S. 237 f.; Mommsen, Strafrecht S. 725 n. 2; Voigt, ius nat. III. S. 738.

[2] Abh. I. S. 195 ff.; vgl. Brinz, Pand. II. § 227.

[3] Vgl. Pernice, Labeo III. S. 228 f.

[4] Z. f. R.G. II. S. 236 f.; Rechtsfiktion S. 50 f.

[5] Vgl. Bekker, Aktionen I. S. 154 ff.

lationem ergänzend nebeneinander zu wirken bestimmt waren. War es nun die Aufgabe jener, dem Gläubiger auf dem kürzesten Wege zu seinem Rechte und zu seiner Befriedigung zu verhelfen, so sollte diese dagegen anscheinend dazu dienen, Rechtsverhältnisse des täglichen Verkehrs in einer beiden Teilen gerecht werdenden Weise durch den Spruch eines sachkundigen Mannes zum Austrage zu bringen. Die Verschiedenheit dieser Zweckbestimmung aber würde, wenn anders das iudicium bonae fidei dem Legisaktionenprozesse nicht überhaupt fremd gewesen sein sollte[1], darauf hinweisen, dafs das strictum ius das Herrschaftsgebiet der legis actio per condictionem, die bona fides dagegen jenes der legis actio per iudicis postulationem gebildet habe[2]. Einen Anhaltspunkt für diese Verteilung der Rollen könnte auch der Gegenstand der condictio bilden. Denn die certa pecunia und die certa res scheinen jedenfalls eher dem strengen Rechte als der Billigkeit zuzuneigen.

Die Condictio des Formularprozesses.
Die Zeit des fakultativen Formularprozesses.

§ 4. M. Tulli Ciceronis pro Q. Roscio Comoeda oratio.

Es kann heute als communis opinio bezeichnet werden, dafs die durch die lex Aebutia eingeleitete Reform wie auf alle Civilklagen so auch auf alle modi agendi sich bezog, und dafs sämtliche Legisaktionen schon durch diese ältere Gerichtsordnung aufgehoben wurden. Nur war diese Reform vorerst eine beschränkte, indem die Spruchformeln und

[1] Vgl. Bekker, Aktionen I. S. 160 ff.; Wlassak, neg. gestio S. 153 ff.; Prozefsgesetze II. S. 302 n. 10; Mitteis, Dogm. Jahrb. 39. Bd. S. 168; in gewissem Sinne auch Demelius, Z. f. R.G. II. S. 177 ff.; Bekker, Aktionen, I. S. 148 n. 44.

[2] Über das Verhältnis der l. a. per cond. und der l. a. per iud. post. mit Bezug auf Gaius 4, 20 vgl. Keller-Wach, S. 84 n. 241; Huschke, nexum, S. 126; multa, S. 394 n. 15; Römer, Das Erlöschen u. s. w. S. 17; Bekker, Heidelberger krit. Z. I. S. 443; Konsumtion S. 32; Aktionen, I. S. 62 n. 2.

sonstigen Solennitäten seitdem zwar nicht mehr obligat waren, aber immerhin neben der Schriftformel uneingeschränkt bestehen blieben. Erst die Julisehen Gesetze brachten diese Umwandlung zum Abschlusse, indem sie, von zwei Ausnahmsfällen abgesehen, die Legisaktion auch als fakultative Prozefsform beseitigten[1].

Es erscheint nun aus einem dreifachen Grunde angezeigt, diese Übergangszeit vom Legisaktionen- zum Formularprozesse, die durch die lex Aebutia gegen die vorhergehende, durch die duae leges Juliae gegen die nachfolgende Epoche abgegrenzt wird, einer gesonderten Betrachtung zu unterwerfen. Fürs erste nämlich steht gerade diese Zeitperiode unter dem Zeichen der bemerkenswerten Erscheinung, dafs Plautus, Cicero und Quintilian, unsere wichtigsten Quellen nicht juristischen Ursprunges, der condictio und des condicere mit keinem Worte Erwähnung thun, wiewohl sie Thatbestände überliefern, die in späterer Zeit unzweifelhaft dieser Klageform unterstellt waren[2]. Sodann ist diese Zeit der Konkurrenz zwischen legis actio und formula vorzüglich geeignet, den Zusammenhang zwischen legis actio per condictionem und Formularcondictio ins helle Licht zu setzen. Endlich aber vermögen nur die Quellen dieser Zeit zweifellose Aufschlüsse über das ursprüngliche Anwendungsgebiet der condictio zu geben, da wohl kein anderes Rechtsinstitut in dem Gesetzgebungswerke Justinians so sehr zum Tummelplatze der Interpolation und Willkür gemacht wurde, wie gerade das Gebiet der condictio.

Ist nun die Wirkung der lex Aebutia die angedeutete gewesen, so wäre die Vermutung unangebracht, dafs bereits sie die legis actio per condictionem vollkommen beseitigt hätte, auch wenn es für diese Zwischenzeit an jeglicher Nachricht darüber fehlen sollte[3]. Nun ist aber in der gerade

---

[1] Wlassak, Prozefsgesetze I. S. 104, 154.

[2] Vgl. Bekker, Aktionen I. S. 106; Pernice, Krit. Vierteljahrssch. 10. Bd. S. 77; Voigt, Über die condictiones ob causam S. 246 n. 185, S. 248 ff.

[3] Wlassak, I. S. 129; Bekker, Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 257;

dieser Zeit angehörenden lex Rubria nichts enthalten, was nicht zu der legis actio per condictionem zumindest ebenso gut passen würde wie zu der Formularcondictio[1]. Andererseits basiert Ciceros Rede für den Schauspieler Roscius zweifellos auf einem Formularprozesse[2]. Dadurch drängt sich der Schlufs geradezu notwendig auf, dafs thatsächlich in dieser Übergangsperiode legis actio per condictionem und Formularcondictio neben einander hergingen.

Aus dieser Konkurrenz von Spruch- und Schriftformel ergiebt sich auch die ungezwungene Erklärung dafür, dafs dieser Zeit, wie wenigstens die Überlieferung anzunehmen zwingt, condictio als Bezeichnung der Formularklage fremd blieb, ja geradezu fremd bleiben mufste. Denn so lange die Spruchformel noch in Geltung stand, mufste der Prätor bestrebt sein, die zweite mögliche Form des Verfahrens schon im Namen zu unterscheiden. Hatte es aber der Prätor anfänglich vermieden, der condictio Eingang in sein Album zu verschaffen, so ist es leicht begreiflich, dafs sie auch späterhin davon ausgeschlossen blieb, nachdem sich die ihr entsprechende Formularklage bereits unter anderem Namen eingebürgert hatte. Erst der Gesetzgebungskunst Justinians blieb es vorbehalten, mit Hilfe der alles ausgleichenden Schere Tribonians die allgemeine Rechtsfigur der condictio zu schaffen. Ihrem Namen nach verdankt sie solche selbständige und einheitliche Gestalt nicht dem Gesetze noch dem Prätor, sondern der rechterzeugenden Thätigkeit der Juristen.

Ztschr. f. R.G. 5. Bd. S. 341 f.; A. M.: Puchta-Rudorff, Inst. I. S. 337, II. S. 104; Rudorff, R.G. II. S. 91; Kuntze, Exkurse, S. 250; Voigt, ius nat. III. S. 814 f., IV.[2] S. 452 n. 18.

[1] Rudorff, Ztschr. f. R.G. 3. Bd. S. 55; Wieding, Libellprozefs, S. 658; A. M. offenbar Wlassak, I. S. 129, 157.

[2] Wlassak, I. S. 62 f., 69, 160 f., der alle früheren Annahmen über die Stellung der legis actio per condictionem zur Formula überzeugend widerlegt; vgl. Keller-Wach, Civilpr. S. 90; Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 154 n. 26; Krüger, Konsumtion, § 3; Huschke, Multa, S. 491 n. 379; Eisele, exceptio, S. 165 ff.; Bekker, Z. für R.G. V. S. 341 f.; Aktionen I. S. 90.

Den Ausgangspunkt einer Untersuchung aber, die zum vollen Verständnisse der condictio jener Zeit gelangen will, mufs Ciceros schon berührte Rede für den Schauspieler Roscius bilden. Denn bedient sich Cicero auch nicht des Namens der condictio, so liegt doch jedenfalls deren Thatbestand seiner Rede zu Grunde. Dieser Thatbestand jedoch, ein Rechtsstreit zwischen Roscius und einem gewissen Fannius, ist schon zu wiederholten Malen von Juristen sowohl als auch von Philologen zum Gegenstande so eingehender Untersuchung gemacht worden[1], dafs die Mitteilung des für den vorliegenden Zusammenhang Wissenswertesten genügen kann. Dies scheint nun in folgendem gelegen:

Cicero teilt als Vertreter des Beklagten Roscius seine Verteidigung, gewifs nicht ohne Grund und Absicht, in zwei Abschnitte, wovon er den ersten als die oratio necessaria, den zweiten als die voluntaria bezeichnet. Auf den ersten Blick wäre daher zweifellos der erste Teil als der wesentliche anzusehen, wiewohl er im grofsen und ganzen einen negativen Inhalt aufweist. Er läuft nämlich darauf hinaus, dafs Kläger mit der Formel: si paret H.S. IↃↃↃ dari vor Gericht auftrete, die nur pecunia aut data aut expensa lata aut stipulata zum Gegenstande haben könne, während thatsächlich — die Beweisführung hierfür erschöpft den ersten Teil — keine dieser drei Möglichkeiten vorliegenden Falles zutreffe. Die Ausführungen des zweiten Teiles seiner Rede dagegen bezeichnet Cicero selbst als überflüssig. Er weifs sie nur damit zu entschuldigen, dafs es ihm darum zu thun sei, seinen Klienten nicht nur vor der Verurteilung zu bewahren, sondern auch vor der öffentlichen Meinung rein zu waschen. Dieser Teil, den er mit der schwungvollen Wendung einleitet: perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, dient ihm anscheinend dazu, das thatsächliche Verhältnis zwischen

---

[1] Litteratur bei Bethmann-Hollweg und Baron.

den Prozefsparteien von allen Seiten zu beleuchten, um zu zeigen, dafs auch nicht der leiseste Makel an seinem Schützling Roscius haften bleiben dürfe, wofür es allerdings an Grund nicht zu fehlen schien[1].

Wägt man nun den Wert dieser beiden „orationes“ hinsichtlich ihrer Wichtigkeit gegen einander ab, so möchte wohl kein Unbefangener Bedenken tragen, dem ersten Teile den Vorzug zu geben. Ganz anders aber die Bearbeiter unseres Gegenstandes. Diese suchen über den ersten Teil mit möglichster Kürze hinwegzukommen. Bietet er doch, abgesehen von den bedeutungsvollen Auseinandersetzungen über die Wirkungen der Eintragungen in die Geschäftsbücher, für die vorliegende Frage keinerlei Schwierigkeiten. Sie legen daher das Schwergewicht ihrer Untersuchungen auf den zweiten Teil[2], um darüber Klarheit zu schaffen, welches Rechtsverhältnis denn eigentlich dem klägerischen Anspruche zu Grunde gelegen sei. Solche Untersuchung aber soll dem Zwecke dienen, das Geltungsgebiet der condictio nach allen Seiten fest zu umgrenzen.

Diese Art der Behandlung hat zuletzt auch Baron[3] gewählt. Er wendet allen Scharfsinn auf, um nachzuweisen, dafs Fannius zwei causae behauptet: Litteralkontrakt und Societät. Gleichzeitig habe Fannius mit Roscius eine sponsio und restipulatio tertiae partis geschlossen. Gelinge ihm nun der Nachweis der ersten causa, so soll er Prozefs- und Sponsionssumme, gelinge ihm blofs der Nachweis der zweiten causa, so soll er wenigstens den Prozefs gewinnen, aber die Sponsionssumme verlieren. Mifslinge ihm aber der Nachweis einer causa überhaupt, so werde er nach beiden Richtungen sachfällig. Das Ergebnis der Untersuchung Barons deckt sich nun mit der letzterwähnten

---

[1] Vgl. Baron, Abh. I. S. 150; Bekker, Sav.-Z. R.A. 4. Bd. S. 98; A. M. Ruhstrat, Sav.-Z. R.A. 3. Bd. S. 34 ff.

[2] Vgl. Bekker, Aktionen I. S. 98 n. 7; A. M. nur Unterholzner, Z. f. gesch. R.W. 1. Bd. S. 249.

[3] Sav.-Z. R.A. 1. Bd. S. 116—151; Abhandlungen aus dem röm. Civilpr. I. S. 138—178.

Eventualität. Roscius wird freigesprochen. Denn ein Litteralkontrakt liegt nicht vor. Ebenso war das ursprüngliche Societätsverhältnis zwischen ihm und Fannius bereits zur Zeit des Prozesses aufgelöst, ohne Ansprüche zwischen den bisherigen Gesellschaftern zu hinterlassen. Eine neue Societät aber war zwischen den Klageparteien später nicht eingegangen worden.

Hieraus gewinnt Baron für die condictio den Satz, dafs sie mit einer abstrakten Formel ausgestattet und von allem Anfange an zur Geltendmachung jedes beliebigen persönlichen Anspruches geeignet war. Justinian ist der Lehrer der condictio generalis und Baron ist sein Prophet. Nun scheinen aber, wie schon angedeutet, die Prämissen Barons irrig, und damit fallen auch seine Schlüsse in sich selbst zusammen.

Ciceros Gedankengang ist offenbar der folgende: Fannius klagt auf „dare oportere centum". Mit solcher Formel kann nur geklagt werden auf Grund von Darlehen, Stipulation oder Litteralkontrakt. Keine dieser drei Möglichkeiten trifft vorliegenden Falles zu. Daher ist Fannius abzuweisen. Dies ist der Inhalt des ersten Teiles der Rede Ciceros. Daraus ergiebt sich allerdings, dafs die Klageformel eine abstrakte gewesen sein mufs, den Klagegrund nicht enthalten haben kann. Denn nur unter dieser Voraussetzung konnten von derselben Formel drei materiell verschiedene Ansprüche umspannt werden. Allein es scheint sich daraus auch mit unausweichlicher Notwendigkeit zu ergeben, dafs solche abstrakte Formel nur auf die genannten drei Fälle beschränkt war. Man mag geneigt sein, derart beschränkter Abstraktheit — Baron spricht in einem ähnlichen Falle von einer Individualisierung der abstrakten Formel — praktische Bedeutung abzusprechen. Denn der Unterschied, ob mit einer Formel nur ein bestimmtes Rechtsverhältnis allein oder deren drei alternativ eingeklagt werden können, scheint wenigstens auf den ersten Blick gering. Diese Frage kann jedoch vorerst dahingestellt bleiben. Sicherlich aber scheinen diesem Standpunkte Ciceros gegen-

über die von Baron an die abstrakte Formel der condictio geknüpften Schlufsfolgerungen übertrieben.

Kehren wir nach dieser Abschweifung wieder zu Ciceros Rede zurück, so ist es vom Standpunkte der Verteidigung allerdings schwer zu begreifen, dafs Cicero, wenn anders mit den drei Möglichkeiten der Stipulation, der Expensilation und des Darlehens der Gegenstand der actio certae pecuniae thatsächlich erschöpft sein sollte, überflüssiger Weise oder doch nur, um allgemein menschlichen Erwägungen Raum zu geben, sich in derart umfangreicher Weise über dies und jenes verbreitet, das von der fraglichen Klage gar nicht getroffen werden kann.

Dies ist wohl auch der Grund, warum der zuerst von Voigt[1] und Accarias[2] angedeutete Gedanke, dafs die Ciceronianische condictio nur die mehrfach erwähnten drei Thatbestände umfafste, von der heutigen Litteratur fast gänzlich unbeachtet gelassen wurde[3]. Es wäre nun allerdings, trotz des „Nachdruckes" und der „Schärfe" in der Ausdrucksweise und Beweisführung Ciceros um die Glaubwürdigkeit solcher Annahme schlecht bestellt, wenn dem zweiten Teile der Ciceronianischen Rede kein anderer specieller juristischer Gedanke unterlegt werden könnte, es wäre denn der, dafs eben Cicero selbst nicht hoffen konnte, den Richter davon zu überzeugen, dafs nur das Vorliegen eines dieser drei Thatbestände die Verurteilung des Roscius nach sich ziehen könnte[4]. Bethmann-Hollweg[5] sieht daher auch die Sache so an, als ob die condictio schon zu Ciceros Zeit „hauptsächlich aus drei verschiedenen Gründen", den schon wiederholt erwähnten, angestellt werden

---

[1] Cond. S. 246 u. Anm. 185.

[2] Théorie des contrats innommés 1866, S. 68 ff.

[3] Vgl. für die entgegengesetzte Ansicht: Savigny, System, 5. Bd. S. 573 ff.; Ad. Schmidt, M. Tulli Ciceronis pro Quinto Roscio Comoeda, 1839, S. 6: Bethmann-Hollweg, Formulae, S. 816 Pernice, Krit. Vjschr. 10. Bd. S. 78 ff.; Labeo I. S. 418; Degenkolb, Z. f. Rg. 9. Bd. S. 137 n. 46.

[4] Bekker, Aktionen I. S. 98.

[5] II. S. 804 ff.

konnte. Der Vertreter des Fannius habe aber für den Fall, dafs er den Litteralkontrakt „dem Geschworenen nicht glaublich machen konnte, noch eine zweite causa debendi“ zur Unterstützung seiner Klage herangezogen. Denn „war ein formeller Rechtsgrund der condictio certi“ „nicht vollständig nachgewiesen, so fehlte es doch nicht an einem materiellen Billigkeitsgrunde, der sich aus dem gesamten Geschäftsverhältnisse zwischen Fannius und Roscius in seiner ersten Begründung und ferneren Entwicklung ergeben mufste.“ Die Umstände, auf die Fannius zu diesem Zwecke sich stützte, seien, wie sich aus der Gegenrede Ciceros entnehmen lasse, solche gewesen, die seine Klage als eine condictio „ex causa furtiva, aus der dolosen Unterschlagung einer der Societät gebührenden Summe oder, nach dem Sprachgebrauche der späteren Jurisprudenz, als condictio sine causa aus der widerrechtlichen Bereicherung des Roscius“ erscheinen liefsen. Dem gegenüber komme der Verteidigungsrede Ciceros die Bedeutung zu, dafs sie in ihrem ersten Teile „die formelle Begründung der condictio“ in Abrede stelle, während sie in ihrem zweiten Teile nachzuweisen bestrebt sei, dafs auch eine widerrechtliche Bereicherung des Roscius nicht stattgefunden habe[1].

Alles in allem genommen aber sei „dieser Rechtsfall ein merkwürdiger Beweis, dafs diese Grundsätze der Äquitas (hinsichtlich der ungerechtfertigten Bereicherung) schon zu Ciceros Zeit wenigstens in einzelnen Fällen geltend gemacht und ohne Zweifel auch von den Geschworenen anerkannt wurden“[2]. Dagegen hat Baron[3] mit gutem Grunde die Einwendung erhoben, „dafs die Behauptung von Bethmann-Hollweg, es handle sich um causa furtiva oder um Bereicherung, auch nicht den Schatten eines Beweises für sich hat.“ Für diese seine Einwendung hat Baron meines Erachtens den Beweis in so schlagender Weise erbracht,

---

[1] l. c. S. 826 f.; ähnlich Pernice, Labeo III. S. 224 f.

[2] l. c. S. 820.

[3] Sav.-Z. R.A. 1. Bd. S. 144 f.; Abh. I. S. 170.

dafs es genügen mag, darauf hingewiesen zu haben. Es sei nur statt allem bemerkt, dafs Cicero seine eigene Frage[1], ob des Gegners Klage sich auf Societät oder Liberalität stütze, lediglich in Form einer rhetorischen Frage dahin beantwortet, dafs es Societät sei. Eine Kürze der Abweisung dieses Einwandes, die schwer verständlich wäre, wenn Fannius auch nur einen Augenblick hätte ernstlich daran denken können, die „ungerechtfertigte Bereicherung“ ausschlaggebend ins Treffen zu führen. Dies führt aber nicht nur zu dem Schlusse, dafs Fannius nicht daran dachte, die Bereicherung oder ein furtum zum Gegenstande seiner condictio zu machen. Dies nötigt vielmehr zu der Annahme, dafs Fannius an solche Klagebegründung gar nicht denken konnte, dafs es mit anderen Worten unmöglich war, zu Ciceros Zeit Bereicherung oder Diebstahl mit einer condictio einzuklagen. Damit aber sind die Gründe, worauf nach Bethmann-Hollwegs Anschauung Fannius seine Klage noch neben den „drei formellen Kondiktionsgründen“ stützen konnte, abgethan. Es fragt sich daher nur noch, welche weiteren Klagegründe Baron geltend machen zu können glaubt. Seiner langen Rede kurzer Sinn ist der, dafs er annimmt, Fannius habe sich in seiner Klage aufser auf den Litteralkontrakt auch auf die Societät berufen[2]. Wie Bethmann-Hollweg gelangt auch Baron zur Abweisung des Fannius, nur dafs sein Abweisungsgrund ein anderer ist, indem er das Klagepetit des Fannius deshalb als verfehlt ansieht, weil das Societätsverhältnis schon früher aufgelöst worden sei.

Die Ausführungen Barons sind nun jedenfalls insofern unbestreitbar, als sie den Nachweis zum Gegenstande haben, dafs die Societät das Klagefundament des Fannius gebildet habe. Allein Zweck und Gegenstand des zweiten Teiles der Ciceronianischen Rede scheinen von ihm ebenso mifsverstanden wie von seinen Vorgängern.

---

[1] § 16.

[2] Sav.-Z. R.A. 1. Bd. a. a. O. S. 145 ff.

Die Beweisführung hierfür mufs, so bedauerlich dies auch für den Zusammenhang der Darstellung ist, in gewissem Sinne mit einer petitio principii begonnen werden: die sogenannte condictio generalis ist eine Erfindung der Justinianischen Jurisprudenz[1]. Es ist daher von vornherein ausgeschlossen, dafs schon in klassischer Zeit eine condictio auf Societät gestützt werden konnte. In der That fehlt es denn auch in den Quellen an jeglichem Anhaltspunkte für diese Annahme. Wenn daher aus Ciceros Rede sich ergiebt, dafs die Grundlage der Fannischen Klage die Societät gebildet habe, so kann dies nicht in dem Sinne verstanden werden, als ob Fannius seine Klage thatsächlich auf einen Societätsanspruch gestützt habe. Der Sinn solcher Ausführungen kann vielmehr nur der sein, dafs Cicero nachweisen wollte, Fannius' Anspruch sei ein solcher aus der Societät und sei deshalb, abgesehen davon, ob er auch materiellrechtlich unbegründet sei, schon aus prozessualen Gründen abzuweisen. Dies ist denn auch der Kern der Ausführungen Ciceros: der Anspruch des Fannius ist kein solcher aus einer der drei Kondiktionskausen, sondern ein solcher aus der Societät. Darum ist er zu verwerfen. Denn ein Societätsanspruch kann nicht mit condictio eingeklagt werden. Dies ist im ersten Teile der Rede negativ zum Ausdrucke gebracht, indem dort die causae aufgezählt werden, aus denen allein eine condictio entspringen kann, die Societät aber nicht darunter aufgeführt wird. Dieser Societätsanspruch aber hat schon einmal den Gegenstand eines Rechtsstreites zwischen den Parteien gebildet. Darum wäre überdies exceptio rei iudicatae begründet. Die Ausführungen hierüber bilden den wesentlichen Inhalt des zweiten Teiles.

In der Richtung hat wohl ein Zweifel niemals bestanden, dafs Fannius seinen Anspruch zunächst auf Litteral- oder

[1] Vgl. hierfür zu Ciceros Rede: Bekker, Sav.-Z. R.A. 4. Bd. S. 99; dazu Aktionen I. S. 136 n. 6, S. 155 n. 67; Schmidt, pro Q. Roscio Comoeda, S. 4 ff.; Bethmann-Hollweg, II. S. 809; überhaupt vorerst Mitteis, Dogm. Jhrb. 39. Bd. S. 153 ff.

Verbalkontrakt[1] stützte. Ebensowenig wurde jemals daran gezweifelt, dafs diese Klagebegründung nicht stichhalten konnte. Darum neigte man allgemein zu der Annahme, dafs Fannius noch ein zweites Klagefundament zur Unterstützung seines Anspruches herangezogen habe. Allein diese Schlufsfolgerung ist nicht zwingend. Denn einmal lehrt Ciceros Rede selbst, dafs die von Fannius vorgeschützte causa sich nicht ohne weiteres als leere Phrase erwies, dafs es vielmehr scharfsinniger Gegendeduktionen bedurfte, um ihre Hinfälligkeit darzuthun. Auch nötigt nichts zu der Annahme, dafs Ciceros zweiteilige Rede auch eine doppelt gegliederte Klage zum Vorwurfe gehabt haben müsse. Wäre dies aber auch der Fall, so liegt die Vermutung nahe, dafs der Rede Ciceros, die nicht ein zweifaches Klagefundament zu entkräften ausging, sondern im ersten Teile mit dem materiellen Klageanspruche, im zweiten Teile dagegen mit den prozessualen Einreden sich beschäftigte, auch eine ebenso gegliederte Klage gegenüber stand. Auch des Fannius Sachwalter mochte vielleicht im ersten Teile seiner Klageausführungen seinen Anspruch zu begründen, im zweiten Teile des Beklagten Einrede zu widerlegen versucht haben.

Kurzum Ciceros Rede geht meines Erachtens in ihrem zweiten Teile darauf aus, den wahren Klagegrund aufzudecken, diesen als die seiner Zeit zwischen den Parteien bestandene Societät zu erweisen, die schon einmal den Gegenstand eines Rechtsstreites zwischen denselben Parteien gebildet hatte, und darauf die Einrede der res iudicata zu stützen. Sonderbarer Weise hat Bethmann-Hollweg[2] gerade die umgekehrte Konsequenz gezogen, indem er in der Rede Ciceros einen Beweis dafür erblickt, „dafs die condictio durch die Litiskontestation mit der actio pro socio

[1] Vgl. für Verbalvertrag: Keller, Institutionen I. S. 109; Krüger, Ztschr. für Rg. 7. Bd. S. 237 ff.; Bekker, Sav.-Z. rom. Abt. 3. Bd. S. 99; Buhl, Krit. Vjschr. 24. Bd. S. 233; für Litteralvertrag: Unterholzner, Ztschr. f. gesch. R.W. I. S. 256 f.;. Schmidt, Bethmann-Hollweg, Baron, Abh. I. S. 160 f.

[2] l. c. II. S. 820 n. 42.

nicht konsumiert wurde." Dafür widerfährt ihm von Baron[1] gerechter Tadel, indem dieser auf l. 5 D. 44, 2 verweist, die solchem Satze ausdrücklich widerspreche. Allein diese Stelle bezieht sich auf das vadimonium und die exceptio si non de re actum est[2], und kann daher für die vorliegende Frage nicht mit Erfolg verwendet werden. Doch steht der Ablehnung Barons eine andere zweifellose Beweisstelle[3] zur Seite: exceptio iuris iurandi non tantum si ea actione quis utatur, cuius nomine exegit ius iurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur, forte si ob actionem mandati negotiorum gestorum societatis ceterasque similes ius iurandum exactum sit deinde ex isdem causis (certum) condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur.

Die Stichhaltigkeit der exceptio rei iudicatae scheint nun vor allem von der Vorfrage abhängig, ob der Vorprozefs, worin Fannius drei Jahre vor dem jetzigen Prozesse gegen Roscius die Summe von 50000 Sesterzen eingeklagt hatte, ein schiedsrichterliches oder ein gerichtliches Verfahren gewesen sei. Baron[4] wendet sich daher mit aller Entschiedenheit gegen die letztere Annahme. Allein seine Einwendungen scheinen wenig überzeugend. Zunächst beruft er sich darauf, dafs die von Cicero[5] als Formel dieses Vorverfahrens angegebenen Worte: quantum aequius et melius sit dari repromittive in keiner der bekannten Gerichtsformeln vorkommen[6]. Dem gegenüber ist zu bemerken, dafs Cicero mit diesen Worten überhaupt nicht die Formel der Vorklage wiederzugeben beabsichtigt. Dies hat er vielmehr kurz zuvor an der Stelle[7] gethan, wo er die beiden Formeln si paret

[1] Abh. I. S. 147.

[2] Pernice, Labeo III. S. 225 n. 1.

[3] l. 28 § 4 D. 12, 2; vgl. Pernice, Labeo III S. 225 n. 1 und die dort Citierten.

[4] Abh. I. S. 140 ff.; vgl. auch Pernice, Labeo III. S. 225 n. 1.

[5] § 12.

[6] A. M. Rudorff, R.G. II. S. 172, Edikt, § 113; Bekker, Aktionen I. S. 143 n. 20; dagegen allerdings Lenel, E. P. S. 237 n. 5.

[7] § 11.

H. S. IↃↃↃ dari für das Judicium und quantum aequius et melius sit dari für das arbitrium gegenüber stellt. An dieser Stelle ist es ihm lediglich darum zu thun, den praktischen Erfolg solches Arbitriums zum Ausdrucke zu bringen. Dagegen läfst sich umgekehrt gegen Baron einwenden, dafs der Gebrauch der Formel quantum aequius et melius sit „bei einem eigentlichen Kompromissum, d. h. einer gegenseitigen poenae stipulatio, wodurch sich beide dem Ausspruche des Schiedsrichters unbedingt unterwerfen, weder Bedürfnis noch möglich scheint[1].“ Endlich liegt in der Behauptung Barons selbst, durch die von Cicero der angeblichen Formel hinzugefügten Worte „si peteres“ falle „der Hinweis auf die Prozefsformel“ weg, eine starke Unterstützung für die soeben vertretene Annahme, dafs Cicero an dieser Stelle überhaupt keine Formel citieren wollte. Wenn aber schliefslich Baron[2] einen Stützpunkt für seine Meinung, dafs der Vorprozefs schiedsrichterlicher Natur gewesen sei, in den Worten Ciceros zu finden glaubt: hic ab arbitro ad iudicem venire est ausus, so ist darin gerade umgekehrt ein Hinweis auf die gerichtliche Natur des Vorprozesses und eine Vorbereitung für die späteren, weit ausgreifenden Ausführungen Ciceros über die exceptio rei iudicatae zu erblicken, denn auch der ordentliche Richter wurde nicht selten arbiter genannt[3]. Der Unterschied ist nur der, dafs der arbiter dem bonae fidei, der iudex dem stricti iuris iudicium vorsteht. Auch würde nichts im Wege stehen, die Sache vom Schiedsrichter unter Umständen wenigstens vor den ordentlichen Richter zu bringen[4]. Ciceros unbedingter Tadel wäre daher gerade für diesen Fall unbegründet.

Dem zweiten Hauptargumente Barons[5], wonach aus

---

[1] Bethmann-Hollweg, II. S. 809 n. 13.

[2] Abh. I. S. 141 n. 6.

[3] Vgl. Wlassak, Prozefsgesetze, II. S. 285 ff., 297 f.; Cicero pro Murena, cap. 12 a. 1.

[4] Vgl. Windscheid, Pand. II. §§ 415—418.

[5] Abh. I. S. 144; vgl. Rudorff, R.G. II. § 9 n. 3.

der Wendung „arbitrum et iudicem sumebas“, deren sich Cicero wiederholt bedient, auf die Kompromifsnatur des ersten Rechtsstreites zu schliefsen sei, kann ebensowenig Gewicht beigelegt werden. Aus dieser Wendung kann zwar, wie Baron mit Recht bemerkt, nicht geschlossen werden, dafs Kläger den arbiter des Vorverfahrens gewählt habe, während über einen Schiedsrichter beide Teile hätten übereinkommen müssen. Allein der iudex des jetzigen Verfahrens ging jedenfalls nicht aus der Übereinkunft beider Parteien hervor. Heifst es aber jetzt von diesem iudicem sumere, so kann auch aus dem „arbitrum sumere“ nicht auf ein damaliges Übereinkommen der Parteien geschlossen werden. Vielmehr entbehrt das sumere in Ciceros Munde, ob mit oder ohne Absicht kann nicht entschieden werden, offenbar der technischen Bedeutung.

Keine gröfsere Bedeutung kommt auch dem letzten Einwande Barons zu, den er gegen Bethmann-Hollwegs gegenteilige Meinung erhebt. Dieser[1] schliefst nämlich aus dem Umstande, dafs in diesem Vorverfahren der Freispruch des Roscius erfolgte, wiewohl er sich mit Fannius bereits ausgeglichen hatte, auf die gerichtliche Natur dieses Verfahrens. Denn das Kompromifs wäre durch Vergleich ohne Urteil aufgehoben worden[2]. Dagegen macht nun Baron[3] geltend, dafs solcher Vergleich, von Fannius zwar behauptet, von Roscius aber geleugnet, in dieser Schlufsfolgerung ohne weiteres als zu stande gekommen angenommen werde, während er zweifelhaft, nach Barons Dafürhalten aber jedenfalls nicht erfolgt sei. Dadurch aber werde diese Schlufsfolgerung selbst hinfällig. Allein Baron[4] mufs dennoch zugeben, dafs Fannius den Vergleich jedenfalls erfüllt habe[5]. In der teilweisen Erfüllung aber liegt zweifellos eine Anerkennung, die Bethmann-Hollwegs Be-

[1] l. c. II. S. 810 n. 13.
[2] l. 32 §§ 3, 5; D. h. t. 4, 8.
[3] l. c. S. 145 ff.
[4] Abh. I. S. 146, 152 f.
[5] Cicero pro Roscio § 26.

hauptung gerechtfertigt erscheinen läfst, dafs Vergleich und Urteil in derselben Sache vorlagen. Damit ist jedoch die Annahme eines Kompromisses unbedingt ausgeschlossen.

Schliefslich ist aber die Frage, ob das Vorverfahren ein ordentliches gerichtliches oder ein schiedsrichterliches gewesen sei, überhaupt nicht von jener ausschlaggebenden Bedeutung, die man ihr auf den ersten Blick einzuräumen geneigt wäre. Denn auch der Schiedsspruch ist geeignet, eine exceptio gegen den Kläger zu begründen. Der Satz Ulpians[1]: ex compromisso placet exceptionem non nasci sed poenae petitionem will nur die Rechte der einen Partei für den Fall festsetzen, wo von der anderen Partei „dem Schiedsspruch der Gehorsam verweigert" oder „das Zustandekommen des Schiedsspruches verhindert werden"[2] sollte. Dagegen lehrt derselbe Ulpian[3]: is qui convenitur tutus est veluti pacti exceptione. Spricht nun auch vorliegenden Falles alles dafür, dafs das Vorverfahren ein ordentliches gerichtliches gewesen sei, so müfste doch auch im andern Falle die Begründung einer exceptio durch Cicero als natürlich, wenn nicht als notwendig und selbstverständlich erwartet werden. Es kommt daher nur mehr darauf an zu erweisen, dafs Ciceros Beweisführung im zweiten Teile seiner Rede darthun wollte, der Anspruch des Fannius aus der Societät habe bereits den Gegenstand des ersten Rechtsstreites gebildet, derselbe Anspruch aber sei Gegenstand des gegenwärtigen Verfahrens, daher sei seine exceptio begründet.

Fannius gründet seine Prozefsforderung zunächst jedenfalls auf einen Litteral- oder Verbalkontrakt. Dem gegenüber sucht Cicero im ersten Teile seiner Rede nachzuweisen, dafs ein solcher thatsächlich nicht vorliege. Vielmehr, fährt Cicero fort, wäre der Anspruch des Fannius, dafern er überhaupt zu Recht bestände, ein

[1] l. 2 D. h. t. 4, 8.
[2] Windscheid, Pand. II. § 415 n. 10.
[3] l. 13 § 2 D. 4, 8; vgl. l. 5 pr. C. 2, 55.

solcher aus der Societät. Um zu diesem Schlusse zu gelangen, wählt er jedoch einen blumenreichen und gewundenen Weg. Er schreitet vom Allgemeinen zum Besonderen vor. Er erwägt alle möglichen Fälle (omnia iudica u. s. w.), um schliefslich bei dem einzig möglichen Halt zu machen.

Zu diesem Ende stellt er zunächst societas und liberalitas einander gegenüber, um die fingierte Behauptung zu widerlegen, Roscius sei dem Fannius ex liberalitate verpflichtet[1]. Von der dem Roscius deswegen scheinbar zur Last gelegten Fraus findet er sodann den Übergang zur societås. Da scheint es nun von ausschlaggebender Bedeutung, dafs Cicero[2] dem Fannius gerade an der Stelle, wo er von der societas spricht, vorhält, warum er seiner Klage nicht deren Formel unterlegt habe. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accomodatur. Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium, quaero.

Bethmann-Hollweg[3] meint, damit ignoriere Cicero „absichtlich, dafs Fannius zum zweitenmale die actio pro socio gar nicht anstellen und dafs die condictio certi auch in diesem Falle wohl begründet sein konnte." Allein die Unrichtigkeit des zweiten Teiles der Behauptung wurde bereits durch den Hinweis auf l. 28 § 4 D. 12, 2 dargethan. In ihrem ersten Teile aber erscheint sie an sich wenig befriedigend[4]. Baron[5] meint daher, Cicero lasse seinen Gegner Fannius durch diese Bemerkung in gutem Lichte erscheinen, indem er diesem unterschiebe, er habe deshalb nicht mit der actio pro socio geklagt, weil die Verurteilung des Roscius in diesem Falle dessen Infamie zur Folge gehabt hätte. Doch scheint die Behauptung, es sei „gute römische Sitte, dafs der Gläubiger seinen Schuldner

[1] §§ 16—24.
[2] § 24.
[3] II. S. 822—23.
[4] Vgl. Baron, Sav.-Z. R.A. 1 Bd. S. 125.
[5] l. c. S. 145.

vor dem Verluste der Ehre möglichst zu bewahren suchte" wenn sie auch durch eine andere Rede Ciceros[1] unterstützt wird, in dieser Allgemeinheit wenig überzeugend. Auch wäre solche Sentimentalität von seiten eines Gegners, wie es Fannius war, am wenigsten zu erwarten[2]. Endlich dürfte es kaum in der Absicht Ciceros gelegen sein, Fannius, dessen Bild er kurz zuvor[3] in wenig schmeichelhaften Zügen entworfen hat, nunmehr als Ehrenmann erscheinen zu lassen.

Dagegen tritt die eigentliche Absicht, die Cicero mit dieser Bemerkung verfolgte, alsbald deutlich zu Tage. Er giebt nämlich kurz darauf[4] den wahren Grund, der Fannius auf die Societätsformel verzichten hiefs, mit den Worten an: Nam, quo tu tempore illa formula uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse iudi .... tionem. Die angedeutete Lücke wird in verschiedenen Handschriften und Ausgaben verschieden ergänzt[5]. Die häufigst wiederkehrenden Ergänzungen sind: fecisse iuditionem, fecisse vidi ditionem, fecisse ostendisti ditionem. Die zuletzt ziemlich allgemein angenommene Lesart ist: fecisse iudicasti. Fecit pactionem. Nur diese ist auch mit Rücksicht auf die heute feststehende Überlieferung[6]: iudi .... tionem unter den angeführten Ergänzungen allein haltbar. Jedoch auch sie leidet an einer doppelten Schwäche. Inhaltlich vermag sie nicht zu befriedigen. Sie erhält zwar dadurch eine Stütze, dafs Cicero unmittelbar daran die Frage knüpft: tabulas habet an non? si non habet, quem ad modum pactio est? si habet, cur non nominas? Dic nunc Roscium abs te petisse, ut familiarem suum sumeres arbitrum! Non petiit. Dic pactionem fecisse, ut absolveretur! Non pepigit. Quaere, quare sit

[1] pro Quinctio cap. 16 sequ.
[2] Vgl. Pernice, Labeo III. S. 225 n. 1.
[3] § 21.
[4] § 25.
[5] Vgl. Orelli, Ciceros Werke, editio altera emendatior, 1854, II. Bd. zu § 25 der Rede Ciceros pro Roscio.
[6] Vgl. C. F. W. Müller, Marci Tulli Ciceronis scripta, II. 1, 1880, h. 1.

absolutus .... Doch aus der Anordnung der Fragen und Antworten ergiebt sich, dafs sie alle in der Hauptfrage gipfeln, warum Roscius freigesprochen worden sei. Diese Frage beruht auf der doppelten Voraussetzung, welchen Einflufs die von Fannius behauptete pactio und die Person des arbiter gehabt haben könnte. Die Frage des Freispruches wird daher auch jene gewesen sein, die Cicero an die Spitze dieser Ausführungen gestellt hatte. Denn genau genommen fängt er seine weitere Fragenstellung auch nicht damit an, dafs er zunächst den Bestand der pactio in Frage stellt, vielmehr nach dem Vorhandensein etwaiger tabulae fragt. Die in Rede stehende Ergänzung vermag aber auch formell nicht zu befriedigen, denn sie läfst den Gegensatz zu dem scharf herausgehobenen „tu" — quo tu tempore — vermissen. Überdies füllt sie die Lücke nicht gehörig aus. Beträgt diese doch nach der einzig hierüber vorhandenen Angabe[1] eine und eine halbe Zeile. Es scheint daher nicht unwahrscheinlich, dafs Cicero gesagt habe: .... fecisse iudicatae rei ego habeo exceptionem; vielleicht auch: ... fecisse iudicatum est. quare ego habeo exceptionem. Damit wäre allerdings mit aller nur wünschenswerten Klarheit zum Ausdrucke gebracht, dafs Cicero neben der Widerlegung des materiellen Klagefundamentes im ersten Teile seiner Rede in deren zweitem Teile auch den Nachweis der formalen Unzulässigkeit der gegnerischen Klage mit Hilfe der exceptio rei iudicatae versucht habe.

Damit steht es denn auch in Übereinstimmung, dafs Cicero alsbald wieder zur Auseinandersetzung des Societätsverhältnisses zwischen den Parteien zurückkehrt[2]. Nur im Hinblick auf diese Societät macht es Cicero seinem Gegner zum Vorwurfe, dafs er es gewagt habe, fraudis ac furti mentionem facere[3]. Um die Nichtigkeit dieses Einwandes

[1] Codex Genevensis et Aldona: „in qua post v. fecisse lacuna est unius versus et dimidii".

[2] § 27.

[3] § 26 i. f.

darzuthun, geht er zunächst daran societatem exponere [1]. Daran knüpft er neuerdings die Bemerkung [2], ergo huc universa causa deducitur, utrum Roscius cum Flavio de sua parte an de tota societate fecerit pactionem. In Anbetracht dieses Zusammenhanges geschieht es wohl auch nur, dafs Cicero neuerlich auseinandersetzt, wie unbegründet ein Societätsanspruch des Fannius jederzeit gewesen sei. Nur ein anschauliches Bild des verflossenen Rechtsstreites will Cicero geben, nur Abgethanes wieder vergegenwärtigen [3]; requiro, sagt er daher [4], quam ob rem .... dissolvit. Nur darum ist es ihm zu thun, die Entwicklung des früheren Prozesses neuerlich darzustellen, damit darüber kein Zweifel bestehe, dafs eadem res verhandelt werde: cur in re tam vetere, in negotio iam confecto, in societate dissoluta nova haec restipulatio interponitur u. s. w. Mit der Erörterung des Societätsverhältnisses beschäftigt sich der ganze noch erhaltene Rest der Rede. Darüber kann daher ein Zweifel nicht bestehen, dafs Cicero den zweiten Teil seiner Rede dem Nachweise gewidmet habe, dafs der klägerische Anspruch auf das Societätsverhältnis sich gründe. Der Umstand, dafs Beklagter hierauf eine exceptio rei iudicatae stützt, ist allerdings in dem erhaltenen Teile der Rede nur gestreift. Das Hauptgewicht der Ausführungen ist vorerst darauf verlegt, dafs dieser Societätsanspruch niemals zu Recht bestanden habe. Dies scheint zwar zur Begründung der exceptio rei iudicatae entbehrlich, indem solche aus dem Urteile in jedem Falle entsprang, mochte es dem Begehren des Klägers Folge gegeben haben oder nicht. Allein der Nichtbestand des Societätsanspruches ist auch nicht das, was Cicero eigentlich zu erweisen sucht. Vielmehr kommt er nur neuerlich zu diesem Resultate aus Anlafs des Nachweises der eadem res. Diese ist ihm die Hauptsache. Dafs der Anspruch auch damals ein un-

[1] §§ 27—34.
[2] § 35.
[3] Vgl. Pernice, Parerga I.; Sav.-Z. R.A. 3. Bd. S. 99 n. 1.
[4] § 40.

begründeter gewesen sei, dies dient ihm nur zur glänzenden Folie für das eigentliche Beweisthema. Dieses aber hat er vermutlich in dem verloren gegangenen Schlusse seiner Rede dahin ergänzt, dafs Kläger auch deshalb abzuweisen sei, weil sein Anspruch derselbe sei, den er bereits im Vorprozesse und zwar auch damals schon vergeblich geltend gemacht habe.

Um den Beweis für diesen Gedankengang der Rede Ciceros vollinhaltlich zu erbringen, erübrigt daher nur mehr, zu zeigen, dafs der Vorprozefs thatsächlich ein arbitrium pro socio oder doch wenigstens de eadem re anhängig gewesen sei. Auch dieser Nachweis kann nicht mehr schwer fallen, zumal unter den bisherigen Interpreten weniger der materielle Rechtsanspruch streitig ist, der dem Vorverfahren zu Grunde lag, als vielmehr die prozessuale Form dieses Vorverfahrens.

Die Geschichte dieses Vorverfahrens nun, soweit sie aus Ciceros Rede entnommen werden kann, ist kurz die folgende[1]: Fannius, der Eigentümer eines Sklaven Namens Panurgus, schlofs mit Roscius einen Societätsvertrag, wonach Fannius seinen Sklaven dem Roscius zum Miteigentum übertrug, dieser des Sklaven künstlerische Ausbildung übernahm und beiden Gesellschaftern der Gewinn aus des Sklaven Spiel zufliefsen sollte. Der Sklave, der sich auf Grund seiner Ausbildung um 100000 Sesterzen vermietete, wurde bald darauf von einem gewissen Flavius getötet. Die beiden Gesellschafter belangten diesen daher gemeinschaftlich mit der actio legis Aquiliae. Während des Prozesses aber glich sich Roscius mit dem Beklagten aus. Das Vorverfahren drehte sich nun darum, dafs Fannius von Roscius die Hälfte der Vergleichssumme oder vielmehr des Wertes jenes fundus begehrte, den Roscius auf Grund des Vergleiches von Flavius erhalten hatte. Fannius

---

[1] Vgl. Cicero pro Roscio, §§ 27—32; Baron, Abh. I S. 138 ff.; Bethmann-Hollweg, II. S. 806 ff.; Ruhstrat, Savigny-Z. R.A. 3. Bd. S. 34 ff.

stützte nämlich seinen Anspruch darauf, dafs Roscius sich wegen des Gesamtschadens ausgeglichen habe, während Roscius behauptete, dies nur für seinen Anteil gethan zu haben.

Es kann nicht zweifelhaft sein, dafs Fannius solchen Anspruch, wenn überhaupt, so nur auf Grund des zwischen ihm und Roscius bestehenden Societätsverhältnisses behaupten konnte. Diesen Anspruch aber macht er nach Ciceros Anschauung auch in dem vorliegenden Prozesse wieder geltend. Dieser Standpunkt Ciceros erhellt aus dem ganzen zweiten Teile seiner Rede. Er tritt aber besonders klar an jener Stelle zu Tage, wo er unmittelbar an diese Sachdarstellung die Frage anknüpft, warum Fannius nicht auch jetzt das arbitrium pro socio anstrenge.

Es treffen demnach alle Voraussetzungen zu, um die exceptio rei iudicatae begründet erscheinen zu lassen: Das vorausgegangene Verfahren ist ein gerichtliches zwischen denselben Parteien. Dieses Verfahren hatte einen Societätsanspruch zum Gegenstande. Dieser Societätsanspruch ist derselbe, den Kläger auch im jetzigen Rechtsstreite geltend machen will. Dieses Ergebnis aber würde nur eine geringfügige Veränderung erfahren, falls das Vorverfahren schiedsgerichtlicher Natur gewesen sein sollte. Denn auch in diesem Falle würden die beiden letzten Voraussetzungen zutreffen. Es würde daher nur an Stelle der exceptio rei iudicatae die exceptio pacti treten. In dem einen wie in dem anderen Falle bliebe immer nur die eine Auslegung zulässig, dafs Fannius seine Forderung formell nur als eine solche aus dem Litteral- oder Verbalkontrakte eingeklagt und dafs Cicero im zweiten Teile seiner Rede nur beabsichtigt habe, den wahren Klagegrund aufzudecken und darauf seine prozessualen Einreden zu stützen. In jedem Falle mufs dagegen die Annahme ausgeschlossen bleiben, als ob Fannius daran gedacht habe, mit der condictio formell einen Societätsanspruch geltend zu machen.

Nun ist allerdings nicht zu leugnen, „dafs das Rechts- und Prozefsverhältnis zwischen Fannius und Roscius sich

aus der lückenhaft überlieferten Parteischrift eines Advokaten schwerlich wird aufklären lassen, dessen starke Seite das Civilrecht niemals gewesen ist und dessen Aufrichtigkeit mehrfachen Zweifeln begegnet[1]." Auch würde sich gewifs niemand „für genügend instruiert halten", „wenn uns bezüglich eines modernen Prozesses nichts vorläge, als etwa die Hälfte oder etwas mehr von dem Vortrage eines verlogenen Advokaten[2]." Doch mit solchen Einwendungen scheint nur der Versuch getroffen, auf Grund solch dürftiger Überlieferung den fraglichen Prozefs selbst entscheiden zu wollen. Solcher Versuch soll auch durchaus nicht unternommen werden. Allein soviel kann trotzdem selbst nach der Meinung solcher Skeptiker[3] aus Ciceros Rede entnommen werden, dafs die condictio „zur Realisierung einer Societätsforderung" nicht dienen konnte, und dafs „zu Ciceros Zeit ein und dieselbe Formel benutzt werden konnte zur Verfolgung von Sachen ex re und von Sachen ex verbis und von Sachen ex litteris." Unbedenklich kann wohl hinzugefügt werden: nur zur Verfolgung dieser Sachen.

Fassen wir nun das Ergebnis aus Ciceros Rede zusammen, so gewinnt sie jedenfalls eine Bedeutung, die wesentlich verschieden ist von der, die sie unter der geschäftigen Hand Barons angenommen hat.

Die Rede zerfällt in zwei Teile. Dies ist wohl der einzige Punkt, über den allezeit angesichts einer unzweideutigen Überlieferung Übereinstimmung herrschte und herrschen mufs. Der erste Teil ist dazu bestimmt, den klägerischen Anspruch nach seiner materiell-rechtlichen Seite zu beleuchten und zu widerlegen. Cicero zieht zu diesem Ende alle Möglichkeiten in Betracht, die durch die von seinem Gegner gewählte Klageform getroffen werden können, um zu dem Schlusse zu gelangen, dafs keine davon

---

[1] Buhl, Krit. Vjschr. 24. Bd. S. 233.
[2] Bekker, Savigny-Z. R.A. 3. Bd. S. 98.
[3] Bekker, l. c. S. 99.

vorliegenden Falles zutreffe. Durch diese Methode gewinnt es zwar den Anschein, als ob auch dieser Teil der Rede lediglich formaler und prozessualer Natur wäre. Allein die Gründlichkeit, die Cicero aufwendet, um jede der drei Möglichkeiten zu widerlegen, beweist, dafs diese Methode nur durch die besondere Natur der condictio bedingt, die formale Frage aber in der That nur die nebensächliche ist. Dafs Cicero sich nicht auf die eine, vom Kläger gerade ins Auge gefafste Alternative, mag sie nun der Litteralkontrakt oder der Verbalvertrag gewesen sein, beschränkt, es vielmehr nicht unterläfst, auch die beiden anderen in Frage kommenden Möglichkeiten abzulehnen, ist nur als selbstverständlich anzusehen. Ist es doch die Aufgabe eines umsichtigen Anwaltes, dafs er seine Verteidigung gleichzeitig dazu benutzt, dem Gegner jeden denkbaren Einwand im voraus zu entwinden.

Der zweite Teil der Rede sodann ist den prozessualen Einreden gewidmet. Hier ist es Cicero darum zu thun, die wahre Natur des klägerischen Anspruches zu enthüllen, um dessen Identität mit dem in einem früheren Rechtsstreite zwischen denselben Parteien behaupteten Anspruche zu erweisen. Auf Grund dieser doppelten Voraussetzung will er seinem formellen Einwande siegreich zum Durchbruche verhelfen, falls der Richter die Hinfälligkeit des gegnerischen Anspruches nicht schon an sich annehmen sollte.

Dieser Auffassung der Rede Ciceros aber scheint aus einem zweifachen Grunde der Vorzug vor den bisherigen Auslegungen zu gebühren. Sie läfst fürs erste die Rede nicht, wie jene, als eine wenig systematische Aneinanderreihung verschiedenartigster Einwände, sondern als ein logisch gegliedertes Ganzes erscheinen. Insbesondere aber würde es sonst, nachdem die Annahme, dafs Fannius auch Bereicherung und Diebstahl behauptet habe, sich als ebenso unbegründet erwiesen hat wie die, dafs Kläger mit der condictio auch den Societätsanspruch habe geltend machen können, schwer halten, einen zureichenden Grund für den zweiten vielleicht ausgedehnteren Teil der Rede zu finden, es wäre

denn der, dafs Cicero damit lediglich eine moralische Rehabilitation seines Klienten angestrebt habe.

Die gewonnene Auffassung der Rede Ciceros aber läfst diese nur in ihrem ersten Teile für die Kondiktionenlehre von Belang erscheinen. Der zweite Teil kommt hierfür nur insofern in Betracht, als er lehrt, dafs die condictio zu Ciceros Zeit in der That auf andere als die im ersten Teile angeführten Thatbestände nicht Anwendung finden konnte. Der erste Teil aber führt für das Wesen der condictio Ciceros zu folgenden Ergebnissen: die condictio ist persönliche Klage auf dare oportere. Ihre Formel ist eine abstrakte. Die ihr unterworfenen Rechtsgeschäfte sind negotia stricti iuris. Die condictio ist eine strenge, abstrakte Klage. Sie ist, wenn wir das Obligationensystem der klassischen Zeit überblicken, geeignet zur Geltendmachung aller aus Kontrakten des strengen Rechtes entspringenden Ansprüche, dafern sie auf ein certum gerichtet sind. Damit ist die actio ex stipulatu (incerta) aus dem Kreise der condictio ausgeschieden und allerdings etwas mehr behauptet, als sich unmittelbar aus Ciceros Rede mit zwingender Notwendigkeit ergiebt. Denn diese hat zwar die actio certae pecuniae zum Gegenstande. Sie berührt aber einmal die alia certa res nicht, falls man nicht geneigt ist, anzunehmen, dafs auch Cicero unter certa pecunia überhaupt jede certa res verstanden habe. Sodann schliefst sie die Annahme nicht unbedingt aus, dafs dieselbe Formel auch dann zulässig wäre, wenn ein incertum den Gegenstand des klägerischen Anspruches gebildet hätte. Dieses Moment ist daher vorerst nur der Vollständigkeit halber, der späteren Untersuchung vorgreifend, vorweggenommen.

Dieses Ergebnis stellt sich nun jedenfalls in geradem Gegensatz zu dem Barons, der bereits die condictio Ciceros auf persönliche Ansprüche jeder Art Anwendung finden läfst. Dieses Ergebnis mufs aber gegenüber dem Barons vollends obsiegen, sobald der weitere Nachweis gelingen sollte, dafs für Cicero ein Unterschied der Ansprüche auf certa pecunia und certa credita pecunia hin-

sichtlich der Formel und des Sponsionszwanges nicht bestand, dafs er vielmehr für diese beiden Ansprüche nur ein identisches Verfahren kannte, und dafs demnach auch der Einwand als unzutreffend bezeichnet werden mufs, als ob Cicero im ersten Teile seiner Rede nur die actio certae creditae pecuniae abthun, die Frage dagegen offen lassen wollte, welche Thatbestände unter jene andere Formel der actio certae pecuniae unterzuordnen seien. Auf diese Unterscheidung nämlich stützt sich Baron offenbar, wenn er behauptet, die Societät als causa des klägerischen Anspruches habe den Kläger an sich zwar der Sponsionssumme verlustig machen müssen, dagegen in der Hauptsache, dafern nur sein Anspruch im übrigen gerechtfertigt erschien, obsiegen lassen können.

Diese Annahme aber leidet fürs erste an einer gewissen Unklarheit der Vorstellungen[1]. Denn gesetzt auch, dafs beide Klageformen nebeneinander bestanden, so scheint es zunächst doch nur zulässig, dafs Kläger sich im konkreten Falle der einen oder der anderen bediente. Bediente er sich nun der actio certae creditae pecuniae dort, wo die actio certae pecuniae am Platze gewesen wäre, so müfste in diesem wie in jedem anderen Falle, wo Kläger mit einer unrichtigen Formel auftrat, seine Abweisung die notwendige Folge solches Irrtums sein. Sind aber beide Klagen, wie Baron anzunehmen scheint, ihrer Formel nach identisch, indem sie beide abstrakt und auf dare oportere gerichtet sein sollen, so bestände der ganze Unterschied darin, dafs das eine Mal cum poena, das andere Mal sine poena geklagt werden konnte. Solche Unterscheidung jedoch müfste, um unbedingt Glauben zu finden, stringenter bewiesen sein, als durch den blofsen Hinweis darauf, dafs Gaius an den zwei Stellen seiner Institutionen, wo er der Strafstipulation gedenkt, dies gerade im Zusammenhange mit der actio

---

[1] Vgl. Buhl, Krit. Vierteljschr. 24. Bd. S. 232 f.; Lenel, E. P. S. 186 n. 2; ebenso schon vorher: Voigt, cond. S. 258 ff.; ius nat. IV S. 392 f.

certae creditae pecuniae thut. Denn diese Beweisführung wirkt schon darum wenig überzeugend, weil Gaius weder hier noch anderswo einer selbständigen actio certae pecuniae Erwähnung thut, so dafs es zumindest zweifelhaft bleibt, ob er, wie Baron will, zwei verschiedene abstrakte Klagen auf dare oportere gekannt oder ob er nicht vielmehr unter der actio certae creditae pecuniae die strenge abstrakte Klage auf dare oportere überhaupt verstanden habe. Allein das Vorhandensein zweier nebeneinander bestehender Klagen mit abstrakter auf dare oportere gerichteter Formel selbst zugegeben, bliebe noch immer zu beweisen, dafs Kläger in dem Falle, wo er das Verfahren cum poena gewählt hatte, während von jenem sine poena Gebrauch zu machen gewesen wäre, in der That nur Verlust der poena und nicht des Prozesses selbst zu befürchten gehabt hätte. Solange dieser Beweis nicht überzeugend erbracht ist, und weder ist er von Baron erbracht noch wird er erbracht werden können, mufs in Anbetracht der sonstigen Formenstrenge des römischen Prozefsrechts eher das Gegenteil angenommen werden.

Zu all dem tritt noch die bereits anderen Ortes angedeutete Erwägung hinzu, dafs es gerade vom Standpunkte Barons aus beim Vorliegen einer abstrakten Formel schwer hielt, dem Prätor ein sicheres Urteil darüber zu gewähren, ob im einzelnen Falle das Verfahren cum poena oder jenes sine poena Platz zu greifen hatte. Noch viel weniger aber kann daran gedacht werden, dafs diese Entscheidung dem Belieben der Parteien anheim gestellt gewesen sein sollte[1]. Endlich — und dies scheint wenigstens für das in Frage stehende enge Gebiet entscheidend — gewähren auch die eigenen Ausführungen Ciceros keinen Anhaltspunkt für solche Unterscheidung. Er spricht nicht nur durchwegs von certa pecunia, ohne sich auch nur einmal der Wendung certa credita pecunia zu bedienen, wo doch nach Barons Anschauung gerade nur Fälle der letzteren in Frage stehen,

---

[1] Vgl. Buhl, Krit. Vjschr. 24. Bd. a. a. O. S. 233.

sondern seine ganze Beweisführung ist nicht dazu angethan, dem Schlusse Raum zu geben, als ob der Umstand, dafs vorliegenden Falles der Thatbestand des Darlehens, der Stipulation und des Litteralkontraktes nicht begründet sei, dafern nur eine andere berechtigte causa dem Anspruche des Klägers unterliege, für diesen nur den Verlust der Sponsionssumme zur Folge haben müsse, im übrigen aber der Entscheidung in der Hauptsache nicht präjudizieren könne. Vielmehr mufs seine Argumentation jedem Unbefangenen den Eindruck machen, dafs sie der Alternative zustrebe: aut numerata aut expensa lata aut stipulata pecunia aut — nihil. Es wäre sonst mehr als Kühnheit zu nennen, wenn er am Schlusse des ersten Teiles die Wendung gebraucht: praeterea enim quem ad modum certam — nicht blofs certam creditam! — pecuniam petere possit, non reperio.

Ist demnach die Formel der actio certae pecuniae und der actio certae creditae pecuniae und das Verfahren beider notwendig ein und dasselbe, sind diese beiden Klagen in der That nicht zwei verschiedene, sondern ein und dieselbe, so müssen auch die dieser scheinbaren Doppelklage erreichbaren materiellen Rechtsverhältnisse ein und dieselben sein. Reihen wir daran die mehr als selbstverständliche Erwägung, dafs der Umstand, ob certa pecunia oder alia certa res den Klagegegenstand ausmachte, an dem Umfang des Herrschaftsgebietes solcher Klage hinsichtlich ihres Klagegrundes wohl nichts zu ändern vermochte, zumal für diese wie für jede andere Schriftformel bereits das Princip der condemnatio pecuniaria galt, so kommen wir schliefslich zu dem Resultate, dafs die Ciceronianische condictio, um diesen der damaligen Zeit noch fremden, aber uns um so geläufigeren Ausdruck zu gebrauchen, thatsächlich nur auf die wiederholt genannten drei Thatbestände des Darlehens, der Stipulation und des Litteralkontraktes Anwendung finden konnte. —

Diese Resultate sind aber „um so wichtiger, als sie nicht auf die Zeit, in der die Rede gehalten ist, beschränkt

werden dürfen, sondern in der Hauptsache ebenso für die folgende klassische Periode wie für die Vorzeit bis zu den Zwölftafeln hinauf gelten müssen[1]."

§ 5. Condictio furtiva.

Angesichts der Rede Ciceros räumen auch die Gegner ein, dafs „zu Ciceros Zeit ein und dieselbe Formel benutzt werden konnte zur Verfolgung von Sachen ex re und von Sachen ex verbis und von Sachen ex litteris[2]." Auf Grund des Ergebnisses der neuerlichen Prüfung dieser Rede kann dieses Zugeständnis dahin präcisiert werden, dafs diese Formel zu Ciceros Zeit offenbar nur auf die genannten drei Fälle Anwendung finden konnte. Davon ausgeschlossen waren anscheinend noch das furtum und die Fälle der sogenannten condictiones sine causa.

Die condictio Ciceros umfafste nicht das furtum. Man hat sich zwar für die gegenteilige Meinung, dafs Cicero, „ohne das Wort zu gebrauchen," dennoch die Sache gekannt habe, auf zwei Stellen[3] aus anderen seiner Reden berufen, allein mit wenig Glück. Denn die erste kleidet ihren Thatbestand, der zwar materiell den Charakter einer richterlichen Bestechung an sich trägt und den Empfänger als fur erscheinen läfst, doch formell in die Gestalt eines Darlehens. Dafür spricht wenigstens die Wendung numerari H. S. LXXX. Der zweite Fall läfst sich in ähnlicher Weise unter die Rechtsfigur des Litteralkontraktes bringen. Darauf scheint die Wendung hinzuweisen, nihil esse suis rationibus utilius. Überdies müssen die Verfechter der Gegenmeinung selbst zugestehen, dafs in beiden Stellen nicht genügend ersichtlich ist, wie weit das eine oder das andere Mal rechtlicher Zwang zulässig war[4].

Wenn nun in späterer Zeit die condictio furtiva zweifels-

---

[1] Bekker, Aktionen I. S. 99.

[2] Bekker, Savigny-Z. R.A. 3. Bd. S. 99.

[3] In Verrem II. cap. 22 § 55, cap. 23 § 56; pro Cluent. §§ 66—79.

[4] Bekker, Aktionen I. S. 106.

ohne eine mit der Formel Ciceros identische Fassung aufweist, wenn späterhin unbestreitbar mit der abstrakten Formel „dare oportere“ auch aus dem furtum geklagt werden kann, so mufs diese Ausdehnung des Anwendungsgebietes der condictio sich offenbar erst in der Ciceros Tagen nachfolgenden Zeit durch die Rechtswissenschaft vollzogen haben. Diese Vermutung findet eine Stütze vor allem in dem Berichte des Gaius[1], der von der condictio furtiva bemerkt: receptum est, ut .... Darin scheint zum Ausdrucke gebracht, dafs sie eine Klage darstellt, die erst durch die rechtbildende Thätigkeit des Prätors oder der Juristen Eingang in das Civilrecht gefunden hat. Daraus würde es sich auch erklären, dafs die Formel „si paret eos dare oportere“, wie Gaius richtig herausfühlt, auf diesen Anwendungsfall der condictio nicht recht passen wollte.

Dieser Widerspruch zwischen Form und Inhalt der condictio furtiva ist es ja auch, der die Forschung und Kritik vorzüglich herausgefordert hat, seitdem diese anfingen, den vielfach nichtssagenden Erklärungen der römischen Juristen ein gewisses Mifstrauen entgegenzubringen und den Dingen selbständig auf den Grund zu gehen. Zuletzt hat Bekkers[2] Annahme den meisten Beifall gefunden[3], wonach diese Eigentümlichkeit „nicht als eine eingeführte, vielmehr als eine übriggebliebene Ausnahme zu betrachten ist, von damals her, wo der Begriff des dare noch weniger genau präcisiert war“.

Allein gerade umgekehrt scheint es natürlicher, dafs die ältere formenstrengere Zeit mit bestimmten Worten bestimmte, engumgrenzte Bedeutungen verband, dafs man nicht damals, sondern eher später für solche Unterschiede „keine Augen hatte“. Die Verwunderung des Gaius und seine Bemerkung, dafs diese über die Bedeutung des dare als Eigentumsübertragung hinausgreifende Wirksamkeit der

[1] Inst. 4, 4.

[2] Aktionen I S. 106 n. 22, S. 114.

[3] Vgl. Pernice, Labeo III S. 233; I S. 313 f.; andere Erklärungen bei Brinz, Pand. II. S. 511 n. 25; Jhering, Dogm. Jahrb. XXIII S. 205 n. 1.

Kondiktionenformel **recipiert** worden sei, scheinen in diesem Sinne begreiflich. Legen sie dann doch Zeugnis dafür ab, dafs in dieser Anwendungsform der condictio eine Neuerung gegenüber dem hergebrachten Rechte zu erblicken sei. Andererseits müfste die Annahme schwer fallen, dafs die Bedeutung des dare oportere, das bereits zum eisernen Bestande des Legisaktionenprozesses gehörte, den Juristen der damaligen Zeit nicht klar gewesen oder doch eine verschwommene gewesen sein sollte. Auch kann es nicht wunder nehmen, dafs gerade Gaius an diesem Widerspruche Anstofs nahm, wiewohl er einer verhältnismäfsig späten Zeit der römischen Rechtswissenschaft angehörte. Denn seinen Institutionen hat, wie heute ziemlich allgemein vermutet wird[1], ein altes Handbuch zur Vorlage gedient. Er hatte deshalb vorzüglich Gelegenheit und Anlafs, des Bedeutungswechsels des dare von einst und jetzt sich deutlich bewufst zu werden.

Aufserdem mufs es schwer ins Gewicht fallen, dafs nicht nur die sämtlichen Stellen des Digestentitels de condictione furtiva, sondern überhaupt fast alle uns bekannten Juristenaussprüche über diese Klageform einer späteren Zeit angehören. Denn es gewährt auch keine davon den mindesten Anhaltspunkt dafür, dafs die condictio furtiva schon vordem einen Bestandteil des römischen Prozefssystems gebildet habe. Die wenigen scheinbaren Ausnahmen aber sind nicht imstande, ein höheres, schon in diese frühere Zeit zurückreichendes Alter der condictio furtiva glaubhaft zu machen. Auch diese Ausnahmen aber gehen jedenfalls nicht weiter als bis auf **Labeo** zurück:

Ex furtiva causa, heifst es an einer dieser Stellen[2], filio quidem familias condici posse constat. an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur: et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam: idem **Labeo** probat, quia

---

[1] Vgl. **Wlassak**, Prozefsges. I S. 134; II S. 225 n. 10, S. 235; **Mitteis**, Dogm. Jahrb. XXXIX S. 168.

[2] l. 3 § 12 D. 15, 1.

iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune. nam et circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio rerum amotarum.

Die Glosse[1] ging über den Widerspruch, in dem sich diese Stelle mit anderen befindet, mit Stillschweigen hinweg und schlofs aus ihr auf den allgemeinen Satz, dafs aus Delikten Gewaltunterworfener gegen den Gewalthaber eine auf die Bereicherung beschränkte actio de peculio entspringe. Diesen Standpunkt teilt von Neueren noch Wyss[2]. Er verwirft ausdrücklich die Beschränkung des Satzes auf die Fälle der condictio furtiva und der actio rerum amotarum. Savigny[3] dagegen glaubt in geradem Gegensatze dazu aus der peculiaren Haftung des Gewalthabers in dem Falle, wo gegen den Gewaltunterworfenen die condictio furtiva Platz zu greifen hätte, auf die quasikontraktliche Natur der condictio furtiva schliefsen zu müssen. Denn aus Delikten könne niemals Peculiar-, sondern immer nur Noxalhaftung des Gewalthabers entspringen.

Seinem Beispiele folgt Mandry[4], wenn er mit Bezug auf dieselbe Stelle meint, aus Delikten werde eine pekuliare Verpflichtung des Gewalthabers nur begründet, „wenn und soweit mit einem Delikte eine quasikontraktliche Klage sich verbindet". Es braucht nun nicht erst auf die Wesenlosigkeit der Rechtsfigur des Quasikontraktes und auf deren Unbrauchbarkeit zur Erklärung rechtlicher Erscheinungen hingewiesen zu werden. Auch ohne solchen Hinweis fällt der Widerspruch der vorliegenden Stelle mit dem bekannten Satze: ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari[5] in die Augen; denn die quasikontraktliche Natur des Thatbestandes der condictio selbst zugegeben, bleibt ihre causa doch immer das furtum. Ferner steht es gerade für diese Klage nur zu fest, dafs sie auch gegen den Erben

[1] Gl. locupletari ad § ex furtiva c. l. licet.
[2] Die Haftung für fremde culpa, 1867, S. 50 ff.
[3] System, 5. Bd. S. 558 f.
[4] Das gemeine Familiengüterrecht, II. 1876, S. 232 ff.
[5] l. 58 D. de R. I.

nicht nur auf die Bereicherung gegeben wurde[1]. Es wäre aber nicht einzusehen, warum insbesondere der gutgläubige Erbe schlechter gestellt sein sollte als der Gewalthaber. Denn auf ihn pafst zumindest ebensogut der von Savigny[2] dem Vater zu gute gehaltene Satz, dafs er nicht in mora furis sei und daher auch nur „verklagt werden könne, insofern er eine gegenwärtige Bereicherung hat". Falls aber nicht das furtum, sondern das ungerechtfertigte Haben des Gewalthabers die causa obligatoria ist, warum wird dann, fragt Mandry[3] mit Recht, die Klage gegen den Gewalthaber de peculio und nicht lieber direkt als condictio sine causa gegeben? Aus diesem Widerspruche vermag aber auch Mandrys eigene Erklärung[4] nicht herauszuhelfen. Danach wirkten „die Gründe zur Einschränkung der aus der Kondiktionennatur sich ergebenden Konsequenzen" „nicht in Beziehung auf alle diese Konsequenzen gleich", und die Einschränkung der Kondiktionenwirkung gegenüber dem Gewalthaber lag deshalb besonders nahe, weil gegen diesen „ex furto Noxalklagen angestellt und dadurch in der Regel voller Ersatz herbeigeführt werden konnte, während den Erben gegenüber dieses Rechtsmittel cessierte". Allein die Noxalhaftung verfolgte wesentlich andere Ziele wie die rem ipsam ergreifende condictio. Daher kann nicht von einem Ersatze der einen durch die andere gesprochen werden. Abgesehen davon bliebe es aber immer noch auffallend, dafs eine derart wesentliche Bestimmung gewissermafsen nur im Vorübergehen gestreift und dort, wo von der condictio furtiva ausführlich und unmittelbar gehandelt wird, mit Stillschweigen übergangen sein sollte.

Bedenken gegen den hier ausgesprochenen Satz entstehen aber auch aus einer anderen Stelle[5], wo ausdrücklich erklärt wird, dafs die condictio immer nur gegen den Ge-

---

[1] l. 7 § 2 D. 13, 1 u. a. m.
[2] l. c. S. 560.
[3] l. c. S. 238.
[4] l. c. S. 241.
[5] l. 5. D. 13, 1.

waltunterworfenen selbst angestellt werden könne, nunquam enim ea condictione alius quam qui fecit tenetur aut heres eius. Ferner gewährt Ulpian[1] zwar aus dem Diebstahle des Gewaltunterworfenen eine condictio gegen den Gewalthaber bis zum Belaufe dessen quod ad eum pervenit, jedenfalls jedoch ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Pekuliums und vermutlich nicht aus dem Gesichtspunkte des Diebstahls, sondern aus dem des ungerechtfertigten Habens[2]. Andererseits räumt zwar Julian[3] auf Grund eines Diebstahles der filia familias anscheinend[4] gegen den Vater eine condictio in peculium ein, allein nicht mit der Beschränkung auf die Bereicherung. Die in der Ausgangsstelle gewählte Regelung steht demnach nicht nur vereinzelt da, sondern sie befindet sich überdies in Widerspruch mit anderweiten Entscheidungen derselben Frage. Diesen ist allerdings die von Savigny[5] berufene l. 30 pr. D. 19, 1 nicht beizuzählen, denn sie hat nicht eine condictio furtiva, sondern die sog. repetitio plus debito soluti zum Gegenstand[6].

Die auffallendste Erscheinung aber, die unsere Stelle gezeitigt hat, ist zweifellos die „doppelte Beschränkung der Haftung in Höhe des peculium und in Höhe der Bereicherung[7].“ Savigny[8] vermochte sich diese Eigentümlichkeit nicht befriedigend zu erklären. Mandry[9] sieht sich genötigt, zu ihrer Erklärung auf „die materielle deliktische Grundlage“ der condictio furtiva zurückzugreifen, nachdem er kurz zuvor deren Deliktsnatur auf das entschiedenste in Abrede gestellt hatte. Niemand wird jedoch das römische Recht als solches derartiger Inkonsequenz be-

---

[1] l. 4 § 1 D. 13, 1.
[2] Savigny, System, 5. Bd. S. 559 ff.; Brinz, Pand. II. S. 525 n. 15.
[3] l. 9 D. 13, 1.
[4] Vgl. unten S. 194 f.
[5] l. c. S. 551 n. i und m.
[6] Vgl. Pernice, Labeo III. S. 251 n. 2.
[7] Baron, Abh. II. S. 20.
[8] System, 5. Bd. S. 559.
[9] Gem. Fam. G.R. II. S. 240.

zichtigen wollen. Baron[1] glaubt daher nur den einen Grund angeben zu können, dafs es keine selbständige actio de in rem verso gibt, dafs diese vielmehr in allen Fällen ein gegenwärtiges oder früheres peculium voraussetzt.

Mag man nun diese Annahme Barons mit dem Gesamthabitus der Quellen vereinbar halten oder nicht[2], so scheint sie doch jedenfalls zur Aufhellung des über dieser Stelle schwebenden Dunkels nicht geeignet. Denn diese scheint zunächst und ausschliefslich an eine „reine"[3] actio de peculio zu denken. Dazu aber pafst die Beschränkung auf die Bereicherung schon darum nicht, weil für solche, dafern sie wirklich das mafsgebende Kriterium für die Klagengewährung abgeben sollte, das Vorhandensein eines peculium gleichgültig sein müfste. Ja, die Vermutung, dafs in dem gegebenen Thatbestande die actio de in rem verso mitumfafst sei, mufs geradezu abgelehnt werden. Denn die Verbindung der actio de in rem verso mit der actio de peculio kann doch wohl niemals die Wirkung einer Minderung der Haftpflicht des Belangten gehabt haben. Die Klagenverbindung de peculio et de in rem verso kann niemals die Wirkung gehabt haben, dafs Beklagter statt bis zum Belaufe des Pekuliums nur soweit zu haften hatte, als dieses Pekulium durch den dem Klageanspruche unterliegenden Vermögenswert vermehrt worden war. Solche Klagenverbindung kann vielmehr nur den Sinn gehabt haben, eine gesteigerte Haftpflicht des Beklagten herbeizuführen, wonach dem Kläger aufser den dem Zugriffe sämtlicher Pekuliargläubiger unterliegenden Pekuliaraktiven auch noch die stattgefundene Version zu gute kommen sollte[4]. Die in Rede stehende Stelle aber giebt gerade umgekehrt dem Kläger selbst das peculium nur nach Mafsgabe der Bereicherung preis.

Endlich darf es nicht gering angeschlagen werden, dafs

[1] Abh. II. S. 23.
[2] Tuhr, actio de in rem verso, 1895, S. 11 ff.
[3] Lenel, E. P. S. 223 f.
[4] Tuhr, l. c. S. 238.

„eine besondere, vom peculium absehende actio de in rem verso wegen jener Bereicherung in den Quellen nicht erwähnt wird[1].“ Nach Mandry[2] kann zwar darin, „dafs die wenigen dieser Detailfrage erwähnenden Stellen“ die Versionsklage „nicht berühren“, „eine Nötigung, die Versionsklage“ „als unzulässig zu betrachten“ nicht erblickt werden. Allein in der That ist solche Beweisführung „schwer zu bekämpfen und sicherlich nicht geeignet, eine entgegenstehende Meinung zu widerlegen[3].“ Zur Austragung dieses Streites scheint aber auch die vorliegende Stelle nicht geeignet. Denn nicht nur fehlt es an jedem Anhaltspunkte, um sie auf die Versionsklage zu beziehen, sondern ihr materieller Inhalt spricht geradezu dagegen.

Überdies scheint auch die hier gebrauchte Wendung „in quantum locupletior dominus factus esset“, gerade für die actio de in rem verso unangebracht. In dem ganzen Digestentitel de peculio sowie in dem de in rem verso findet sich das „locupletiorem fieri“ aufser an dieser Stelle nur noch in l. 2, l. 5 § 3 und l. 6 de in rem verso. An diesen drei Stellen aber bildet es nur einen Teil der vom Juristen hinzugefügten Erwägung, warum die actio de in rem verso zu gewähren oder zu verweigern sei. Nirgends aber dient es wie hier zur Bezeichnung des Klagebegehrens. Wo es dem Juristen darum zu thun ist, sei es nun Klagegrund, Klagegegenstand oder Klagebegehren der Versionsklage technisch zum Ausdrucke zu bringen, da bedient er sich regelmäfsig und ausnahmslos einer Verbindung mit dem „versum“, das eben darum der Klage den Namen verliehen hat.

Nach alledem scheint nur mehr der eine Ausweg offen, eine Interpolation anzunehmen. Eine solche wohnt denn auch der Stelle offenbar inne. Den deutlichsten Beweis hierfür gewähren die Schlufsworte: nam et circa rerum amotarum actionem ... competit actio de peculio. Denn kann schon für die actio

[1] Baron, Abh. II. S. 20.
[2] l. c. S. 466.
[3] Baron, Abh. II. S. 21.

rerum amotarum mit ziemlicher Sicherheit die Vermutung gelten, dafs sie prätorischen Ursprunges gewesen sei[1], so steht dies doch jedenfalls für ihre Form als actio de peculio fest. Von der prätorischen Klage aber konnte der klassische Jurist nicht sagen actio competit, denn des Prätors actio datur[2]. Umgekehrt pflegt es von einer civilen Klage wie der condictio nicht zu heifsen danda est[3], vielmehr actio civilis competit. Darin läge ein Grund, den Anfang der Stelle anzuzweifeln, wenn nicht durch den Zusatz de peculio auch die civile Klage zur prätorischen geworden sein sollte. Jedenfalls aber erregt die Satzfügung Bedenken, indem an die Verbalkonstruktion .... condici posse constat die ein substantivisches Subjekt voraussetzende, eines solchen aber thatsächlich ermangelnde Frage unmittelbar angeknüpft ist: an vero de peculio danda est .... Schon in diesem einleitenden Satze, überhaupt aber in der ganzen Stelle fällt auch die Fehlerhaftigkeit in der Wahl der Modi und Tempora auf[4]: an .... est, quaeritur, ein indirekter Fragesatz im Indikativ; in quantum .... factus esset, dandam .... Plusquamperfektum statt des Perfektums, probat, quia .... est, eine indirekte Rede im Indikativ. Solche Flüchtigkeit wird aber zumindest nicht nur auf Ulpians Rechnung gesetzt werden dürfen. Hinsichtlich der Satzkonstruktion ist auch die Ungenauigkeit bemerkenswert, dafs zuerst vom filius, unmittelbar darauf vom pater vel dominus, alsbald wiederum nur vom dominus und servus, schliefslich aber gar von der filia familias die Rede ist. Endlich kann auch die Anknüpfung nam et, die den letzten Satz mit dem Vorhergehenden verbindet, an sich schon als „tribonianisch“ bezeichnet werden[5]. Kurzum, es

---

[1] Lenel, E. P. S. 245 und n. 10; Baron, Abh. I. S. 260.

[2] Vgl. Savigny, System, V S. 81; Wlassak, Prozefsgesetze I S. 47 f.; II. S. 358.

[3] Vgl. Wlassak, Edikt und Klageform, S. 64 n. 13 gegen Eisele, Cognitur und Prokuratur S. 84 und Krüger, Archiv für die civil. Praxis, LXII S. 498.

[4] Vgl. Kalb, Das Juristenlatein, 1888, S. 66 ff.

[5] Kalb, l. c. S. 63 f.

sind der Gründe genug, um die Echtheit der Stelle in Frage zu ziehen.

Es kann sich daher nur mehr darum handeln, zu erwägen, in welchem Umfange an eine Interpolation gedacht werden mufs. Man könnte sich vielleicht begnügen, den zweifellos verdächtigen Zwischensatz in quantum .... facto und den ebenso bedenklichen Schlufs von nam et an zu streichen. Dann müfste freilich trotzdem die condictio furtiva für Labeo bereits zugestanden werden, so unzweifelhaft sie auch in den übrigen Stellen selbst noch für diesen abgelehnt werden mufs. Dies sowie die durch die ganze Stelle sich ziehenden Interpolationsmerkmale legen daher, zumal die condictio furtiva gerade in diesem Falle sachlich unbegründet und dem sonstigen Quellenstande widersprechend scheint, die Annahme nahe, dafs das Fragment überhaupt erst von den Kompilatoren für die condictio zurechtgemacht worden sei. Mag sein, dafs die Stelle ursprünglich nur von der actio rerum amotarum gehandelt hat. Sie haben vielleicht die Kompilatoren zunächst durch die condictio verdrängt, schliefslich aber sich doch bemüfsigt gesehen, sie in den Thatbestand wieder aufzunehmen, nachdem sie die condictio schablonenhaft mit der hier sinnlosen Bereicherungsschranke ausgestattet hatten. Auf diese Weise erklärt sich die ungeschickte und unvermittelte Anknüpfung am Schlusse. Aus dieser Verquickung der beiden Klagen wird auch die Beschränkung de peculio verständlich. Denn für die actio rerum amotarum ist es auch anderwärts[1] festgestellt, dafs sie gegen den Gewalthaber de peculio angestellt werden konnte. Als Grund hierfür wird aber ausdrücklich angeführt, dafs sie nicht auf einem deliktischen Thatbestande beruhe. Allerdings müfste dann jedenfalls die actio rerum amotarum bereits in Labeos Zeit verlegt und demnach ein höheres Alter dieser Klage im Vergleiche zur condictio furtiva angenommen werden, dafern die letztere auch sonst als Labeo noch unbekannt sich erweisen sollte. Es liegt

[1] l. 3 § 4 D. 25, 2 u. a. m.

wohl auch kein Grund vor, an dieser bis auf Baron[1] einmütig[2] festgehaltenen Annahme zu zweifeln. Dies um so mehr dann, wenn das von Baron in erster Linie ins Treffen geführte Beweismittel, dafs nämlich die condictio furtiva schon dem republikanischen Rechte angehörte, seine Stichhaltigkeit einbüfsen sollte. Einen Teil seiner Beweiskraft aber verliert es jedenfalls sofort dadurch, dafs vor Labeo, dessen Wirksamkeit kaum mehr als in die republikanische Zeit fallend bezeichnet werden kann, auch nicht die Spur eines Vorhandenseins der condictio furtiva ausfindig gemacht werden konnte. Was es aber mit dem von Baron ebenfalls zum Beweise herangezogenen Satze für eine Bewandtnis habe: rerum amotarum actio condictio est[3], das hat, die Echtheit des Satzes in seiner überlieferten Gestalt vorausgesetzt, Lenel[4] wenigstens wahrscheinlich gemacht.

An einer zweiten Stelle[5] heifst es: messem inspiciente colono, cum alienam esse non ignorares, sustulisti: condicere tibi frumentum dominum posse Labeo ait, et ud id faciat, colonum ex conducto cum domino acturum.

Die Stelle scheint auf den ersten Blick ebenso untadelig wie leicht verständlich. Denn die vielleicht zunächst auffallende Erscheinung, dafs der eine Interessent nur ein internes Klagerecht gegen den anderen Interessenten ausübt, um diesen zum Angriffe gegen den gemeinsamen Gegner zu veranlassen, wiederholt sich in einigen anderen Fällen[6]. Dennoch aber vermag die Stelle der Kritik schwerlich Stand zu halten. Sie versagt die condictio dem colonus und räumt solche nur dem dominus ein. Nun erwirbt aber der colonus qui nummis colat das Eigentum an den Früchten,

---

[1] Abh. I. S. 255 ff.

[2] Vgl. Czyhlarz, Das röm. Dotalrecht, S. 348 n. 5 und die dort Citierten; Windscheid, Pand. II. § 454 n. 24; neuestens auch Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 759 f.

[3] l. 26 D. 25, 2.

[4] E. P. S. 246 und n. 4.

[5] l. 60 § 5 D. 19, 2.

[6] l. 2 § 7 D. 14, 2; l. 13 § 30 D. 19, 1; l. 2 § 15 D. 43, 8.

wie schon die Glosse[1] bemerkt, sofort durch die Trennung, der colonus partiarius jedenfalls spätestens durch die Perception. Die condictio, die von der Eigentumsfrage abhängig gemacht scheint und darum nur die furtiva sein kann, müfste daher in beiden Fällen dem colonus und nicht dem dominus zustehen. Die Stelle gewährt aber die condictio unterschiedslos nur dem dominus. Der Basilikenscholiast[2] nimmt daher keinen Anstand, unter der messis die Frucht auf dem Halme zu verstehen, die unter allen Umständen noch im Eigentum des dominus stehen und nur diesen zur condictio legitimieren würde. Damit wäre allerdings jeder Zweifel beseitigt. Allein solche Auffassung steht mit dem sonstigen Sprachgebrauche der Quellen in Widerspruch, die unter messis regelmäfsig die eingebrachte, geerntete Frucht verstehen[3]. Dieses Widerspruches bewufst, setzt sich auch Gothofredus[4] über den Wortlaut der Stelle hinweg, indem er deren Inhalt mit den Worten wiedergiebt: colonus partiarius actionem furti non habet sed agit contra dominum ut agat. Von derselben Anschauung geleitet vermag sich offenbar auch Mommsen mit der Stelle nicht abzufinden. Wenigstens gewinnt es diesen Anschein, wenn er, ohne imstande zu sein, sich auf diese oder jene Handschrift zu berufen, statt inspiciente colono die Lesart vorschlagen zu müssen glaubt: in spicis cessante colono und dazu bemerkt: at requiritur, quod supra dedi, ut intellegatur agi de fructibus non perceptis sed percipiendis[5].

Nun ist ein analoger Thatbestand an einer zweiten Stelle[6] behandelt: Si sulpurariae sunt in agro et inde aliquis terram egessisset abstulissetque, dominus furti aget: deinde colonus conducti actione consequetur, ut id ipsum

---

[1] Gl. condicere ad h. l.

[2] Bas. ed. Heimbach, Note 6 ad l. 60 § 5 Bas. 20, 1.

[3] l. 13 D. 7, 4; l. 30 § 1 D. 50, 16; l. 25 § 1 D. 22, 1 etc.; vgl. Dirksen, V.(erbum) messis.

[4] Note 2 ad h. l.

[5] In seiner grofsen Digestenausgabe ad h. l. S. 573.

[6] l. 52 § 8 D. 47, 2.

sibi praestaretur. Auch hier ist ein Diebstahl an „Früchten" des Kolonengrundstückes verübt. Aus dem hier vorliegenden Thatbestande ist ein noch bestehendes Eigentum des dominus mit weit gröfserer Wahrscheinlichkeit ersichtlich. Denn nichts deutet darauf hin, dafs die gestohlene Erde bereits separiert oder gar percipiert gewesen sei. Trotzdem aber ist dem dominus nicht die condictio gewährt, sondern zunächst nur an die furti actio gedacht. Im übrigen kann der Unterschied in der Ausdrucksweise: ut id ipsum sibi praestaretur hier statt des ut id faciat dort, nichts verschlagen. Kann doch mit dem id ipsum (schon in Anbetracht seines Geschlechtes) nichts anderes als der Erfolg der furti actio gemeint sein. Dafs aber das eine Mal „ut id faciat", das andere Mal „ut id ipsum sibi praestaretur" den Klagegegenstand ausmacht, ist leicht verständlich, weil in dem einen Falle die Klage des Kolonen der des Dominus, im anderen Falle die des Dominus der des Kolonen zeitlich voraufgehend gedacht wird.

Behandeln diese beiden Stellen zwei analoge konkrete Thatbestände, so regeln zwei weitere Stellen das Verhältnis zwischen dominus und colonus hinsichtlich der actio furti im allgemeinen. Die eine[1] entscheidet: item constat colonum, qui nummis colat, cum eo qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia, ut primum decerptus esset, eius esse coepisset. Die andere[2] lehrt: Frugibus ex fundo subreptis tam colonus quam dominus furti agere possunt, quia utriusque interest rem persequi.

Die erstere räumt die actio furti dem colonus qui nummis colat auch schon in einem Zeitpunkte ein, wo die Frucht sich noch auf dem Halme befindet, ihm also ein dingliches Recht an solcher noch nicht zusteht. Daraus kann wohl geschlossen werden, dafs dem colonus partiarius ein gleiches Recht nicht zusteht. Wenn dagegen die Früchte separiert (und percipiert) sind, dies lehrt offenbar die zweite

[1] l. 26 § 1 D. 47, 2.
[2] l. 83 § 1 D. 47, 2.

Stelle, erwächst die actio furti, die bisher unter Umständen nur dem dominus zustand, jedenfalls auch dem Kolonen. Die Stelle, die von den Schwefelgruben handelt, fügt dem ergänzend hinzu, dafs dort, wo die actio furti dem dominus zusteht, deren Geltendmachung vom Kolonen indirekt erzwungen werden kann. Sie läfst aber auch die weitere Auslegung zu, dafs der Kolonus ebenso in solchen Fällen, wo ihm selbst die actio furti zustünde, sich statt dessen mit den ihm gegen den dominus zustehenden Regrefsansprüchen begnügen kann. Sie bringt endlich zum Ausdrucke, dafs die actio furti jedenfalls nicht vom dominus und vom Kolonus gegen den Dieb erhoben werden kann, dafs vielmehr, sobald der dominus sie angestrengt hat, dem colonus nur mehr der Regrefs gegen den dominus zusteht. In diese Verhältnisse nun würde sich unsere Stelle vorzüglich einfügen, wenn sie statt der condictio die actio furti zum Gegenstande hätte. Sie würde dann lehren, dafs gegen den Dieb von Kolonenfrüchten auch[1] dem dominus die actio furti zustände und dafs der Kolon sich beim dominus regressieren könnte. Sie würde damit den für die fructus pendentes und separati andern Ortes gelehrten Satz auch für die fructus percepti (messis) aufser Zweifel setzen. In ihrer gegenwärtigen Fassung dagegen ist sie, wie zu zeigen versucht wurde, vielleicht sogar unrichtig, jedenfalls aber unwahrscheinlich. Denn wenn auch Sabinus die condictio des Eigentümers gekannt zu haben scheint, so hat sie doch Proculus, wie sich noch zeigen wird, ausdrücklich verneint. Dies macht aber einen ähnlichen Standpunkt Labeos wenigstens wahrscheinlich. Denn einen derartigen Widerspruch zwischen Lehrer und Schüler anzunehmen, müfste zumindest schwer fallen[2]. Auch soll nicht unerwähnt bleiben, dafs die ähnliche Frage, ob dem Eigentümer oder dem Fruchtniefser die condictio wider den Dieb einzuräumen sei, noch Ulpian Schwierigkeiten machte, dafs diese Frage aber von Julian

---

[1] A. M. Gothofredus l. c.

[2] Vgl. allerdings Pernice, Labeo I. S. 89 und die n. 35 citierten Stellen.

und Marcellus noch durchaus verschieden beantwortet wurde[1]. Auch dies läfst es zweifelhaft erscheinen, dafs Labeo die condictio ohne Bedenken dem dominus eingeräumt haben sollte.

Sprechen demnach sachliche Gründe überwiegend dafür, dafs die Stelle ursprünglich von der actio furti gehandelt habe, so scheinen für diese Annahme einige Gründe formaler und sprachlicher Natur geradezu ausschlaggebend. Dem „condicere“ wohnte im Legisaktionenprozesse, wie bereits in dem betreffenden Abschnitte zu betonen Gelegenheit war, die bestimmte technische Bedeutung der Parteivereinbarung inne. Mag nun auch die Meinung über den Inhalt solcher Parteivereinbarung eine geteilte sein, so ist doch jedenfalls so viel wahrscheinlich, dafs ein technischer Ausdruck der einen Verfahrensart weder gleichzeitig noch auch kurz nach ihrer Aufhebung in der anderen in wesentlich verschiedener Bedeutung Verwendung gefunden habe. Wie daher der Prätor für die analoge Klage des Formularprozesses die Bezeichnung condictio vermied, so mochte wohl auch die Rechtswissenschaft dieser Tage von der Verwendung des condicere in einem von der Legisaktionensprache durchaus abweichenden Sinne Abstand nehmen. In der That wird diese Annahme durch eine lexikographische Betrachtung[2] des Vorkommens von condictio und condicere in den Digesten vollinhaltlich bestätigt.

Condicere findet sich teils absolut gebraucht, teils in den Konstruktionen condicere aliquid, condicere alicui, condicere alicui aliquid, condicere aliquid ab aliquo. Sicher bezeugt ist jedoch condicere sowohl in seiner absoluten wie in seinen transitiven und intransitiven Anwendungen erst für Julian. Ein einziges Mal[3] ist von Celsus condicere alicui, ein einziges Mal[4] von Javolenus condicere aliquid ab aliquo überliefert. Abgesehen hiervon bedienen sich die

---

[1] l. 12 § 5 D. 47, 2.
[2] Nach dem Digestenindex der Berliner Bibliothek.
[3] l. 15 D. 13, 1.
[4] l. 10 D. 12, 4.

Vorgänger Julians nirgends ausdrücklich und zweifellos einer Verbindung mit condicere. Nirgend, wo ein Nerva, Sabinus, Cassius oder Proculus anläfslich einer Frage aus der Kondiktionenlehre berufen wird, liegt ein wörtlicher Ausspruch dieser Männer vor, überall handelt es sich nur um eine indirekte Berufung auf ihre Autorität [1]. Labeo aber findet sich bemerkenswerter Weise aufser an der in Rede stehenden Stelle nicht ein einziges Mal mit condicere oder condictio in Verbindung gebracht, und Javolenus zieht, wie bemerkt, an der einzigen Stelle, wo er sonst noch von condicere spricht, die Wendung condicere aliquid ab aliquo vor.

Überdies aber scheint die erste klassische Periode substantivische Konstruktionen mit condictio der Verbalkonstruktion mit condicere vorgezogen zu haben. Es ist dies offenbar eine Rückwirkung aus der Legisaktionenzeit. Nicht nur ist condictio in den Digesten überhaupt häufiger als condicere, sondern es macht sich auch ein wesentliches Steigen der Verwendung von condicere erst gegen die spätere Zeit hin bemerkbar. Das Gesamtverhältnis der Verwendung von condictio und condicere in den Digesten läfst sich ziffernmäfsig ausdrücken durch 7 : 6. Condictio ist zweihundert und siebenzig Mal, condicere zweihundert und fünfzehn Mal gebraucht. Condicere aber verwendet, den einen Anwendungsfall bei Javolenus ausgenommen, unter den Älteren nur Julian, und auch dieser nur an vierzehn Stellen, allerdings an einer zweimal, an einer anderen sogar viermal. Condictio dagegen findet sich bei Julian allein an dreiundzwanzig Stellen, aufserdem schon bei Proculus dreimal, bei Celsus und Javolenus je einmal [2]. Für eine noch frühere Zeit ist auch die Verwendung von condictio nicht nachweisbar [3].

---

[1] l. 31 § 1 D. 12, 1; l. 5 § 1 D. 7, 5; l. 6 D. 12, 4; l. 57 pr. D. 18, 1 u. a. m.

[2] Selbstverständlich sind auch die Stellen mitgezählt, wo condictio und condicere möglicher Weise erst interpoliert sind.

[3] Vgl. Pernice, Labeo I. S. 420.

Die Schlufsfolgerung aus diesen Erscheinungen kann nun zwar deshalb keine ganz zuverlässige sein, weil das in Gestalt der Digesten zur Verfügung stehende Material ein dürftiges und willkürlich ausgewähltes ist. Allein der Umstand, dafs auch nicht eine dieser Stellen den Gebrauch von condicere für die ältere Zeit aufweist, spricht doch dafür, dafs die gerade in der fraglichen Stelle gebrauchte Wendung condicere alicui aliquid sich nicht schon anfänglich dort gefunden habe, sondern erst durch die Kompilatoren eingefügt worden sei. Diese Annahme wird auch durch die Wahrnehmung unterstützt, dafs diese Konstruktion an sich schon eine seltene ist. Sie findet sich in den Digesten nur an siebenundzwanzig Stellen, während condicere achtundsiebenzigmal absolut gebraucht wird, vierundsiebenzigmal mit einem transitiven Sachobjekt (aliquid) verbunden erscheint und sechsunddreifsigmal mit einem blofsen persönlichen Dativobjekt (alicui) in Verbindung gebracht ist.

Nun enthält aber die Stelle aufserdem in ihrer überlieferten Gestalt einen auffallenden Fehler. Die Florentina schreibt nämlich nicht condicere tibi u. s. w., sondern condicere te. Erst eine emendatio recentioris aetatis hat daraus, wie Mommsen[1] bemerkt, condicere tibi gemacht. Die Verbesserung ist selbstverständlich und notwendig, denn condicere te frumentum dominum u. s. w. ist sinnlos. Allein in die ursprüngliche Treue der Florentina Zweifel zu setzen, scheint um so weniger Grund, als der Fehler ein auffallender ist und darum um so wahrscheinlicher sofort verbessert worden wäre, wenn er dem Schreiber zur Last gefallen wäre. Dieses te ist vielmehr geeignet, als Rest der von den Kompilatoren nur halb getilgten ursprünglich vorhandenen Äufserung Labeos, den Schlüssel zu deren Wiederauffindung zu gewähren. Solche Flüchtigkeit der Kompilatoren steht in den Digesten nicht vereinzelt da. Das schlagendste Gegenstück bietet vielmehr ein Fragment aus dem 35. Buche des Pomponius ad Sabinum[2], wo aus Unachtsamkeit der

---

[1] Grofse Digestenausgabe I. S. 573 n. 3.

[2] l. 8 § 3 D. 13, 7.

Kompilatoren mit Bezug auf ein von ihnen eingesetztes pignus ein im Urtext der Stelle offenbar auf fiducia zu beziehendes „eam" stehen geblieben ist[1]. Ähnlich nun dürfte es an dieser Stelle statt condicere te frumentum dominum ursprünglich tenere te furti dominum oder ähnlich geheifsen haben.

Diese Emendation gewährt überdies den Vorteil, dafs damit das „frumentum" ausscheidet, das zu der unmittelbar zuvor genannten messis in unbefriedigendem Gegensatze steht. Denn während messis die eingeerntete Frucht bezeichnet, ist frumentum gerade umgekehrt id quod arista se teneat[2], die Frucht auf dem Halme. Mag nun auch die Bedeutung von messis keine derart feststehende sein, so hätte doch Labeo, dessen Sprache der goldenen Latinität angehört, es jedenfalls vermieden, in demselben Satze zur Bezeichnung derselben Sache einmal messis, dann frumentum anzuwenden. Umgekehrt ist es nicht unwahrscheinlich, dafs die Kompilatoren einen Augenblick Bedenken trugen, die condictio der messis dem dominus einzuräumen und dafs sie diese Bedenken zu zerstreuen suchten, indem sie die messis nachträglich durch frumentum erläuterten.

Ist demnach auch aus sprachlichen Gründen die Annahme naheliegend, dafs condicere nicht im ursprünglichen Texte der Stelle gestanden habe, so wird der Verdacht einer Interpolation der Stelle letztlich noch dadurch bestärkt, dafs Gradenwitz[3] eine solche in dem § 2 derselben Stelle mit Sicherheit nachgewiesen hat. War aber die Stelle an einem Punkte unzweifelhaft Gegenstand der Verbesserungskunst Tribonians, dann kann es nicht als unwahrscheinlich gelten, dafs sich dieselbe bessernde Hand auch an einem anderen Punkte derselben Stelle bemerkbar gemacht habe, zumal die Kompilatoren gerade in den aus Labeos „posteriores" entnommenen Stellen „mehr als anderswo eingegriffen haben" dürften[4]. Es sprechen demnach alle Anzeichen dafür, dafs

[1] Lenel, Paling. II., Pomponius 799; Örtmann, fiducia S. 31.
[2] l. 77 D. 50, 16.
[3] Interpolationen, S. 29 u. 36.
[4] Pernice, Labeo I. S. 72.

nicht die condictio sondern die actio furti den Gegenstand der Ausführungen Labeos gebildet habe. Auch wäre es, wie bereits erwähnt, an sich schon verwunderlich, wenn Labeo eine condictio des dominus ohne weiteres gewähren sollte, während Sabinus in ihrer Anwendung noch schwankt, Labeos Schüler Proculus aber sie ausdrücklich verneint. Endlich ist es gerade die actio furti, die nicht nur in den erwähnten Analogiefällen, sondern auch in anderen Fällen, wo das gemeinsame Interesse mehrerer in rechtsgeschäftlicher Verbindung stehender Personen in Betracht kommt, den Gegenstand von Zweifeln bildet[1]. Es mufs demnach auch diese Stelle aus den verschiedenartigsten Gründen aus der Reihe derer ausgeschieden werden, die der Annahme widersprechen sollen, dafs die condictio furtiva dem republikanischen Rechte fremd gewesen sei.

Mit den beiden besprochenen Stellen sind aber zugleich die ausdrücklichen Beweisstellen der gegenteiligen Anschauung erschöpft. Die beiden anderen Stellen, die aufserdem noch zu ihrer Unterstützung herangezogen werden, lassen sich als Beweismittel nur insofern verwenden, als der ihnen innewohnende Gedankengang auf der Annahme eines höheren Alters der condictio zu beruhen scheint. Sie sind nur indirekte Beweisstellen. In der einen[2] davon erwägt Ulpian die Frage, warum der Prätor die actio vi bonorum raptorum nicht auch, wenn auch nur nach Mafsgabe der Bereicherung, gegen die Erben des Räubers gehen lasse. Den Grund dafür findet er nun darin, quia putavit sufficere condictionem. Aus dieser Äufserung nun glauben manche[3] auf das höhere Alter der condictio furtiva — denn nur an diese kann dem ganzen Zusammenhange nach gedacht sein — gegenüber der actio vi bonorum raptorum schliefsen zu sollen. Da nun diese schon bei Cicero sich erwähnt findet, müfste demnach um so mehr die condictio

[1] Vgl. l. 5 § 15, l. 6, l. 7 pr. D. 13, 6.
[2] l. 2 § 27 D. 47, 8.
[3] Bekker, Aktionen I. S. 104 n. 15; Baron, Abh. I. S. 256 n. 3.

furtiva bereits in die republikanische Zeit verlegt werden. Allein aus dieser Stelle kann „ein Datum für die Entstehung der condictio furtiva“ schon deshalb nicht entnommen werden, weil „uns darin ebensowohl nur eine rein individuelle wie eine rein subjektive Ansicht entgegentritt, und eine solche an und für sich nicht entscheidend für uns sein kann[1].“ Wie wenig zutreffend dieser Gedankengang Ulpians (oder vielleicht Tribonians?) ist, erhellt auch daraus, dafs der Prätor die condictio schon um dessentwillen nicht als Ersatz der actio vi bonorum raptorum gelten lassen konnte, weil diese auch poenam petit legitimam, jene aber nur rem ipsam. Ferner ist es eine feststehende Regel, die gerade von Ulpian zu wiederholten Malen hervorgehoben wird[2], dafs die auf prätorischem Edikte beruhenden Pönalklagen der einjährigen, uneingeschränkten Verjährung unterliegen[3]. Es mufs daher zumindest wunder nehmen, dafs Ulpian gerade an dieser Stelle und für diesen Fall nach einem besonderen Erklärungsgrunde gesucht habe.

Mufs sonach der Versuch, sich zum Beweise für das höhere Alter der condictio furtiva auf diese Stelle zu berufen, als ein mifsglückter bezeichnet werden, so liegt noch weit weniger Grund vor, die l. 20 D. 13. 1 zu solcher Beweisführung heranzuziehen. Hier beschränkt sich Tryphoninus darauf zu konstatieren: durare condictionem veteres voluerunt. Erwägt man nun, dafs Tryphonins Wirksamkeit mit der Papinians zusammenfällt, und dafs die von ihm in seinen Werken angezogenen veteres[4] nur Sabinus, Julian, Marcellus und Scaevola sind, neben denen nur vereinzelt auch Servius berücksichtigt ist[5], so liegt die Unzulänglichkeit dieser Beweisstelle auf

[1] Voigt, Die condictiones ob causam S. 249 u. n. 189.

[2] l. 3 § 4 D. 4, 9; l. 1 pr. D. 47, 1.

[3] l. 35 pr. D. 44, 7; l. 21 § 5 D. 25, 2; l. 111 § 1 D. 50, 17; l. 22 i. f. D. 39, 1; Gaius 4, 112; § 1 I. 4, 12; vgl. Savigny, System, 5. Bd. S. 353 f.

[4] Vgl. Pernice, Labeo I. S. 5 und die dort n. 6 Citierten; Wlassak, Prozefsgesetze I. S. 100.

[5] Vgl. Krüger, Quellen S. 202.

der Hand. Sie vermag wohl am wenigsten die hier vertretene Anschauung zu erschüttern.

Damit aber ist der letzte Stützpunkt für die Annahme einer condictio furtiva in republikanischer Zeit gefallen. Denn ein solcher kann auch nicht in der Stelle[1] gefunden werden, wo Ulpian die Frage aufwirft, ob dem vi deiectus die condictio zu Gebote stehe, um sie dahin zu beantworten: Labeo negat, sed Celsus putat posse condici possessionem quemadmodum potest re mobili subrepta. Die Interpolation der Stelle durch Einschiebung von „possessionem" interessiert hier nicht. In diesem Zusammenhange ist lediglich die Frage zu beantworten, ob die Worte Labeo negat auf die Bekanntschaft Labeos mit der condictio furtiva hinweisen. Der Schlufs scheint naheliegend, dafs Labeo die condictio nur deshalb verweigere, weil es um eine unbewegliche Sache sich handle, dagegen die condictio furtiva einer beweglichen Sache gekannt habe. Immerhin kann auch die Annahme nicht vollständig von der Hand gewiesen werden, dafs zu Labeos Zeit vielleicht bereits an die condictio des Eigentümers gedacht wurde; denn wie wäre sonst die Anfrage bei Labeo und seine ablehnende Antwort erklärlich. Doch läfst sich schon dagegen einwenden, dafs der Fragesteller vielleicht gar nicht die condictio des Eigentümers in Erwägung gezogen hat, da ja der vi deiectus nicht Eigentümer gewesen zu sein braucht. Wenigstens scheinen die Kompilatoren gerade diese Eventualität im Auge gehabt zu haben, als sie die condictio als condictio possessionis, offenbar im Gegensatze zur condictio furtiva, bezeichneten. In der That ist auch die Ablehnung Labeos nach dem ganzen Zusammenhange nicht von dem Gesichtspunkte eines furtum am fundus geleitet. Diesen Gesichtspunkt wählt vielmehr Celsus, indem er die condictio fundi mit der condictio furtiva des dominus von Mobilien motiviert. Diese Motivierung ist nicht mehr „absurd"[2], sobald die condictio fundi, wie sie von

---

[1] l. 25 § 1 D. 47, 2.

[2] Vgl. Trampedach, Sav.-Z. R.A. 17. Bd. S. 101.

Celsus nur aufgefafst werden konnte, als furtiva und nicht, wie sie von den Kompilatoren bezeichnet wurde, als possessionis condictio angesehen wird. Für Labeo dagegen konnte dieser Gesichtspunkt des furtum schon darum nicht mafsgebend sein, weil er das furtum an der res immobilis auch sonst nicht kannte[1]; bestimmend für seine Ablehnung war daher vermutlich, dafs er für solche Fälle eine condictio überhaupt nicht anerkannte, sondern nur im Interdikte eine zulässige Abhilfe fand. Im übrigen hatte der Satz: nemo rem suam condicere potest für ihn offenbar noch uneingeschränkte Geltung[2]. In diesem Sinne verstanden wird aber die Stelle geradezu zum Eckstein der Anschauung, die das Dasein der condictio furtiva erst in eine spätere Zeit verlegt.

Überhaupt nicht hierher zu zählen ist ferner l. 53 § 2 D. 50. 16. Denn wie der Wechsel der modi wenigstens anzudeuten scheint, sind die Schlufsworte: sic enim alii condici potest, alii non potest nicht mehr auf Rechnung Labeos, sondern auf die des Referenten Paulus zu setzen.

Nicht verwendbar zur Austragung dieser Frage scheint andrerseits auch der Umstand, dafs die condictio furtiva im Infamenkatalog[3] des Prätors keine Aufnahme gefunden hat, der gegen das Ende der Republik zusammengestellt ist. Denn wie jede condictio, so war auch die condictio furtiva abstrakt. Damit ist aber von vornherein die Möglichkeit benommen, einen Kondiktionsfall vor den anderen mit der Sanktion der Infamie zu belegen. Die condictio furtiva hätte daher, selbst wenn sie zu der Zeit schon in Übung gestanden hätte, wo der Prätor an die Aufstellung und Zusammenfassung der Infamiefälle schritt, in dieses Verzeichnis schwerlich Aufnahme finden können[4]. Mufs aber nach alle-

---

[1] arg. a contr. Gellius 11, 18, 13; l. 9 § 2 D. 39, 2; Bruns, Besitzklagen S. 198; Pernice, Labeo I. S. 313 n. 10.

[2] Vgl. Baron, Abh. I. S. 29 f.

[3] l. 1 D. 3, 2; vgl. Karlowa, Z. f. R.G. 9. Bd. S. 204 ff.; Lenel, Sav.-Z. R.A. 2. Bd. S. 54 ff.

[4] l. 35 D. 44, 7; vgl. Baron, Sav.-Z. R.A. 1. Bd. S. 145 f.

dem die Entstehung der condictio furtiva unbedingt in eine spätere Zeit verlegt werden, so bleibt die Frage zu beantworten, wie es möglich war, dafs die condictio späterhin auf Thatbestände Anwendung finden konnte, an die bei der ursprünglichen Schaffung ihrer Formel weder gedacht war noch auch, wie die Ausdehnung des dare oportere auf das furtum zu Gunsten des Eigentümers selbst beweist, gedacht werden konnte. Die Möglichkeit dazu bot nun ihre abstrakte Formel auf der einen Seite, die den Prätor von vornherein der Verpflichtung überhob, sich bei Gewährung der condictio an bestimmte Thatbestände zu binden, und das Schwinden der Vorstellung von der strengen, engumgrenzten Bedeutung des dare auf der anderen Seite, das die Gewährung der condictio zu Gunsten des Eigentümers selbst mit dem dare oportere vereinbar erscheinen liefs. —

§ 6. Condictiones sine causa.

Ciceros Rede bezeichnet als einzig zulässige Klagegründe der actio certae pecuniae die drei strengen Kontrakte, sie schliefst damit die condictio furtiva aus dem Bereiche der damaligen abstrakten Klage auf dare oportere aus. Dasselbe mufs jedoch demnach von den später sogenannten condictiones sine causa gelten. Es fragt sich daher, ob auch diese Annahme mit den übrigen überlieferten Quellennachrichten sich in Einklang befindet, und ob man genötigt ist, für diese Zeit einen Rechtszustand anzunehmen, der jede reale Leistung, auch wenn sie des rechtfertigenden Grundes ermangelte, als unanfechtbar gelten liefs. Die Frage ist um so bedeutungsvoller, als manche einen derartigen Rechtszustand mit einem halbwegs entwickelten Verkehr nicht vereinen zu können glauben[1].

Die Frage nach dem Namen der condictio und nach der Klassicität der Bezeichnungen für die einzelnen Kon-

---

[1] Bekker, Aktionen I. S. 103 u. n. 1; Goldschmidt, Dogm. Jahrb. 24. Bd. S. 58.

diktionengruppen sei vorerst aufser Betracht gelassen und zunächst nur die Sache selbst etwas näher ins Auge gefafst. Als älteste Quelle für die condictiones sine causa wird nun Plautus angeführt, der an mehreren Stellen seiner Spiele[1] Thatbestände darstellt, die anscheinend einer condictio causa data causa non secuta zum Vorwurfe zu dienen hätten. Auf Grund dessen nimmt denn auch Bekker[2] an, dafs bereits Plautus solche condictio gekannt habe. Doch hat nicht nur Voigt[3] diese Annahme im einzelnen mit Glück zu widerlegen versucht, sondern auch Demelius[4] hat darauf hingewiesen, dafs die Existenz genannten Rechtsmittels schon zur Zeit des Plautus mehr als unwahrscheinlich sei. Demelius hat auch gleichzeitig einen Ausweg gewiesen, der trotz Leugnung der condictio c. d. c. n. s. für diese Zeit die Möglichkeit gewährt, den unberechtigten Empfänger zur Herausgabe des Empfangenen zu zwingen. Diese Abhilfe liegt in der jeweiligen Kontraktsklage, deren Bestimmung sich nicht schon in der durch sie gewährleisteten Erzwingbarkeit der Gegenleistung erschöpfte, deren Aufgabe vielmehr auch darin bestand, Mängel des Vertrages zu paralysieren[5].

Ohne Zweifel wurden diese beiden Funktionen seinerzeit von der Kaufklage umspannt, bevor der Ädil mit seinen ediktalen Rechtsmitteln dem Käufer besonderen Schutz verlieh gegen Mängel und Unbrauchbarkeit der Kaufsache. Auch späterhin dienten actio emti und actio venditi nicht blofs dazu, die Erfüllung des Vertrages zu erzwingen, sondern auch dazu, Mängel des Vertrages geltend zu machen und

---

[1] Vgl. die Citate bei Bekker, Aktionen I S. 104 n. 14, S. 123 n. 34.

[2] De emt. vend. quae Plauti fab. fuisse prob. S. 9 ff.; Krit. Z. I S. 444; Aktionen I S. 104; zustimmend Muther, Sequestration S. 41 n. 2.

[3] Condictiones ob causam, S. 249 ff.

[4] Plautinische Studien 3, Z. f. Rechtsgesch. 2. Bd. S. 212 n. 99; vgl. auch Witte, Bereicherungskl. S. 47 ff.

[5] Vgl. Jacobi, Dogm. Jahrb. 4. Bd. S. 261 u. n. 123, S. 262 ff. und S. 275.

unter Umständen dessen Auflösung herbeizuführen[1]. Ebenso finden wir anderen Klagen zum Teil einen über den Erfüllungszwang hinausgehenden Wirkungskreis eingeräumt, der das Vorhandensein einer der sog. condictiones sine causa entbehrlich scheinen läſst[2].

Was aber die von Plautus geschilderten Thatbestände anbetrifft, wo eine repetitio verlangt oder gewährt wird, wiewohl ein civiler Kontrakt nicht vorliegt — hierher gehören die Fälle einer Leistung im Hinblicke auf eine trotzdem unterbliebene Freilassung oder eine nachher nicht zustande gekommene Ehe u. a. m.[3] — so lassen auch diese eine Auslegung zu, die uns weder nötigt, auf diese oder jene condictio sine causa als einziges Auskunftsmittel zurückzugreifen, noch auch den Erfolg der Hingabe lediglich in das Gutdünken des Empfängers stellt. Diese Auslegung scheint mit der Annahme gegeben, daſs die Hingabe in solchen Fällen regelmäſsig nicht sofort zu unbedingtem Eigen erfolgte, sondern unter fiduciarischer Beschränkung, so daſs die actio fiduciae das Mittel an die Hand gab, um im Falle der Nichterfüllung die Vorleistung rückgängig zu machen.

Von der fiducia steht es so ziemlich fest, daſs sie „zur Zeit der Zwölftafeln oder doch wenig später sowohl praktisch angewendet wurde als auch des Rechtsschutzes teilhaftig war[4]." Zu Ciceros Zeit „ist die fiducia, wie aus ihrer häufigen Erwähnung hervorgeht, ein Gebilde voll blühenden Lebens[5]." Diese fiducia aber ist nicht als „selbständiger Rechtsakt" oder als „individuelles Geschäft" zu denken, sondern als Nebengeschäft, dessen Bestimmung es war, Hauptgeschäften aller Art zum Zwecke sicherer Erreichung der solchen im konkreten Falle unterliegenden Absicht unterstützend zur Seite zu treten. Die Worte, wodurch

---

[1] l. 11 §§ 3, 5 D. h. t. 19, 1; l. 13 §§ 22—24 D. eod.; l. 14 § 1 D. 18, 2; l. 29 pr. D. 21, 2.

[2] l. 2 D. 12, 7; l. 11 § 4 D. 19, 1 u. a. m.

[3] Vgl. die Citate bei Bekker, Aktionen I. S. 104 n. 14.

[4] Örtmann, fiducia, 1890, S. 68.

[5] Örtmann, l. c. S. 68.

diese Nebenabrede, mag man sie nun als Teil des Hauptgeschäftes oder als selbständiges pactum denken[1], ihren Ausdruck fand, sind die bekannten: „fidi fiduciae causa".

Ein weiteres beachtenswertes Argument ergiebt sich aus der Bedeutung und Verwendung von repetere in der Rechtssprache. Pernice[2] hat repetitio und repetere als das eigentliche Kondiktionenwort, als den Kunstausdruck für die Kondiktionenforderung bezeichnet, und die übrigen sind ihm darin gefolgt. Allein repetere und repetitio werden aufserdem 69mal in dem Sinne von „Wiederholung" und „wiederholen" in den Digesten verwendet. Ferner giebt Pernice[3] selbst zu, dafs die beiden Worte „auch wohl für einfache Ersatzforderungen gebraucht" werden, und dafs „vereinzelt" „der Ausdruck bei anderen Klagen für Rückforderung ausstehender Gelder oder Gegenstände" vorkommt: „so bei Kauf, bei actio in factum, erklärlicherweise bei depositum, actio rei uxoriae, Schenkungswiderruf, Rückgabesponsion"; diese Reihe ist noch durch Hinzunahme des Kommodats[4], der Miete[5], der Teilungsklagen[6] und nicht zuletzt des pignus[7] zu ergänzen. Endlich darf nicht unerwähnt bleiben, dafs dem repetere auch hinsichtlich der verschiedenen Repetundengesetze[8] eine selbständige Funktion zukommt. Überblickt man aber diese Fülle von Anwendungsmöglichkeiten für repetitio und repetere, so drängt sich wohl von selbst die Erkenntnis auf, dafs dem repetere keine andere speciellere Bedeutung zukam, als dem deutschen „zurückfordern", dafs es daher überall dort Anwendung finden konnte und thatsächlich auch fand, wo es um eine Rückforderung sich handelte, und dafs die häufige alle übrigen

---

[1] Vgl. Örtmann, l. c. S. 86 ff., 103 ff.; Pernice, Labeo III. S. 121 ff.; Karlowa, R.G. II. S. 564 ff.

[2] Labeo II. S. 262.

[3] Labeo III. S. 213 f.

[4] l. 12 pr. D. 13, 6; l. 17 § 3 D. eod. u. a. m.

[5] l. 19 § 6 D. 19, 2.

[6] l. 2 § 5 D. 45, 1.

[7] l. 22 §§ 1 u. 2 D. 9, 4; l. 11 § 6 D. 13, 7.

[8] a. a. O. D. 48, 11 u. a. m.

Verwendungen weit überragende Anwendung des repetere in den Kondiktionsfällen ihren Grund lediglich darin hatte, dafs der Kondiktionsanspruch eben immer ein Rückforderungsanspruch sein mufste und nur ein solcher sein konnte. Dafs aber dem repetere die von Pernice ihm vindicierte technische Bedeutung im Kondiktionsprozefs in der That nicht zukam, das beweist einmal der Umstand, dafs von einem repetere, wie gezeigt, auch in zahlreichen anderen Fällen gesprochen werden konnte, sowie die ebenfalls von Pernice[1] selbst hervorgehobene Erscheinung, dafs auch das repetere auf Grund eines Kondiktionsanspruches nicht selten durch den ausdrücklichen Zusatz per condictionem u. a. specialisiert erscheint. Es mufs daher zumindest als vorschnell bezeichnet werden, wenn diese oder jene Stelle lediglich auf Grund eines darin enthaltenen repetere ohne weiteres für die Kondiktionenlehre in Anspruch genommen wird.

Die doppelte Erwägung nun, dafs repetere insbesondere auch mit Bezug auf das pignus noch in den Digesten verwendet wird, das pignus aber wenigstens zum Teil an Stelle der fiducia getreten ist, daher wohl auch von einem fiduciam repetere gesprochen werden konnte, und dafs Plautus an den Stellen, wo er eine repetitio einräumt, nicht selten auch der Wendung fidi fiduciae sich bedient[2], führt wohl von selbst zu dem Schlusse, dafs diese scheinbaren Fälle einer condictio causa data causa non secuta bei Plautus nichts anderes als Beispiele von Rechtsgeschäften mit fiduciarischer Nebenabrede sind. Damit ist aber die condictio sine causa aus Plautus' Werken vollends verbännt.

Dieser Annahme steht der Umstand nicht entgegen, dafs es in einigen dieser Fälle um Geldansprüche sich handelte. Denn die Zahlung geschah im älteren Rechte regelmäfsig nicht in formloser Weise, sondern in den Formen eines civilen Geschäftes; insbesondere die solutio per aes et

[1] Labeo III. S. 213 a. E.
[2] Vgl. Örtmann, fiducia, S. 97.

libram nahm einen breiten Raum im Gebiete des Zahlungsgeschäftes ein. Nun ist aber das Geschäft per aes et libram, die Mancipation, gerade jenes, womit die fiducia zumeist sich verband. Doch auch die zweite Hauptform des Übertragungsgeschäftes, die in iure cessio, war der fiducia zweifellos zugänglich[1]. Es liegt daher kein Grund vor, die Hingabe einer Geldleistung von der fiducia ausgeschlossen zu denken. Überdies ist in den Quellen ausdrücklich bezeugt, daſs die actio fiduciae jedenfalls auch auf Geld gerichtet werden konnte[2]. Versäumte der Hingebende freilich dieses sein Recht, so hatte er sich die Schuld selbst zuzuschreiben.

Soviel über die fiducia als Stellvertreterin der condictio sine causa hinsichtlich ihrer materiell-rechtlichen Aufgabe. Zu beantworten bleibt jedoch noch die Frage, in welcher prozessualen Form die fiducia diese Vertretungsfunktion auszuüben berufen war. Zweck der fiducia war, die Rückübertragung eines vorübergehend aufgegebenen Eigentumsrechtes zu bewerkstelligen. Andererseits steht fest, daſs die Aktionenformel, deren Inhalt vorzüglich ein dare oportere ausmachte, demselben Ziele zu dienen bestimmt war. Es wird sich daher wohl wenig gegen die zuletzt von Örtmann[3] vertretene Anschauung einwenden lassen, daſs die fiducia unter die Grundsätze der legis actio per condictionem gefallen sei, denn auch die fiducia hatte einen Anspruch auf dare von certa pecunia oder alia certa res zum Gegenstande. Durch diese Annahme wird aber auch jene früher angedeutete Vermutung neuerdings bestärkt, daſs die legis actio per condictionem nur Ansprüche des strengen Rechtes umfaſst habe, denn auch die actio fiduciae war ursprünglich zweifelsohne eine actio stricti iuris[4], gerichtet auf die „an

[1] Vgl. Örtmann, fiducia, S. 72 ff.; Muther, Sequestration, S. 377; Dernburg, Pfandrecht I S. 10; Bekker, Aktionen I S. 36.

[2] l. 24 § 2 D. 13, 7 u. a. m.

[3] l. c. S. 214 ff., wo die Litteratur der Frage behandelt ist; vgl. auch Bekker, Aktionen I S. 63 n. 4; Wlassak, Prozeſsgesetze I S. 267 f.; Sohm, Inst., 7. Aufl. S. 60 n. 12, S. 226 n. 3.

[4] Stintzing, l. a. sacr. S. 12.

sich ganz strenge, aus den Worten der Nuncupation hervorgehende Verpflichtung des ius civile"[1]: remancipare (dare) oportere.

Aus der gemeinsamen Fassung durch die legis actio per condictionem treten jedoch actio fiduciae und condictio im Formularprozesse in Gestalt zweier selbständiger und von einander unabhängiger Formeln heraus. Die actio fiduciae wird zu einer actio bonae fidei[2], sie ist von der Straffolge der Infamie begleitet[3] und auf ein incertum gerichtet[4]. Ihre Formel ist, mag man sie nun in ius oder in factum oder endlich in doppelter Form concipiert denken, jedenfalls keine abstrakte[5]. Die actio fiduciae des Formularprozesses hatte mit dessen condictio nichts mehr gemein. Allein gerade dieser Umstand, der auf einer offenbaren Umgestaltung des ganzen Rechtsinstitutes beruht, im Zusammenhalte mit jenem anderen, dafs nunmehr augenscheinlich die condictio der fiducia hilfreich zur Seite tritt, berechtigt um so mehr zu der Annahme, dafs die fiducia ursprünglich das Anwendungsgebiet der späteren condictio sine causa ausgefüllt habe.

Damit aber ist der Schlüssel gefunden zum Verständnisse jener Stellen, die im Widerspruche zu Ciceros Ausführungen schon für diese Zeit die Annahme einer condictio sine causa zu verlangen scheinen. Er ist teils mit der richtigen Deutung von repetere und repetitio in den betreffenden Stellen gegeben, teils mit der Annahme einer Interpolation dort, wo von condictio und condicere ausdrücklich gesprochen ist, eine Annahme, die durch den Umstand wesentlich erleichtert wird, dafs condictio als Bezeichnung der abstrakten, auf dare oportere gerichteten

---

[1] Örtmann, l. c. S. 218.

[2] Gaius 4, 62.

[3] Cicero, pro Roscio 6, 16.

[4] Örtmann l. c. S. 237.

[5] Lenel, E. P. S. 233; Karlowa, R.G. II. S. 561 f.; Pernice, Sav.-Z. R.A. IX S. 228; Labeo III. S. 124; Örtmann, l. c. S. 325 f.; Geib, Z. f. Rg. 8. Bd. S. 131.

Klage, wie noch zu zeigen sein wird, nur ein Kunstausdruck der späteren Rechtswissenschaft gewesen ist, niemals aber der Gerichtssprache angehört hat. Endlich aber sind der Stellen, die für diese Zeit in unsere Frage einschlagen, nur wenige, und auch diese sind zum Teil bereits als Ansätze zur späteren Ausbildung der condictio sine causa anzusehen.

Die älteste dieser Stellen[1] geht auf Servius Sulpicius Rufus, Ciceros Freund und Altersgenossen, zurück: Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intelligendum est, ut .....

Nicht der Originalbericht des Servius, sondern nur ein Kommentar zu seinen Ausführungen aus dem zweiten Buche der Membranen von Neratius liegt uns vor. Nun wird gerade des Servius Sulpicius Autorität dafür angeführt, dafs es notwendig befunden wurde tum primum cautiones rei uxoriae einzuführen[2]. Man wird aber „jedenfalls zugeben müssen, dafs die Entstehung einer besonderen Klage wie der actio rei uxoriae so lange nicht motiviert war, als sich nicht wenigstens das Bedürfnis einer auch nur vertragsmäfsigen Vorsorge herausgestellt hatte[3].“ Andererseits kann auch nicht angenommen werden, „dafs die Dotalklage lediglich eine Abart der condictio sine causa sei“[4] und dafs daher die condictio bis zur Ausbildung der actio rei uxoriae deren Funktionen versehen habe. Es kann demnach auch nicht daran gedacht werden, die condictio sine causa für diese Zeit mit der dos in Verbindung zu bringen. Die einfachste Lösung scheint daher die, unter der von Servius gewährten repetitio die Klage aus der von ihm befürworteten cautio rei uxoriae zu verstehen. Die Klage wäre in diesem Falle in der That die condictio, doch nicht

[1] l. 8 D. 12, 4.
[2] Gellius, N. A. 4, 3.
[3] Czyhlarz, Das röm. Dotalrecht, 1870, S. 33.
[4] Czyhlarz, l. c. S. 34 gegen Bachofen, Erxleben und Puchta.

eine der condictiones sine causa, sondern die Stipulationskondiktion, unter Umständen auch die actio (incerta) ex stipulatu. Eine andere Lösung wäre damit gegeben, dafs die Hingabe der dos unter fiduciarischer Nebenabrede vollzogen und die repetitio demgemäfs in Form der actio fiduciae zu denken wäre. Dies bietet um so weniger Schwierigkeit, wenn unter pecunia nicht Geld, sondern wie dies in den Quellen nicht selten geschieht, ein Vermögenswert überhaupt verstanden wird. Dagegen verbietet sich trotz dieser Voraussetzung die Annahme, die repetitio auf eine Vindikation dieses Vermögenswertes zu beziehen, dadurch, dafs repetere gerade für die Vindikation nicht gebraucht worden zu sein scheint. Wenigstens ist die einzige dafür Zeugnis ablegende Stelle[1] in ihrem Schlufssatze, der sich solcher Ausdrucksweise bedient, allem Anscheine nach interpoliert[2].

Dafs dieses Rückforderungsrecht auch nicht etwa als Reurecht aufzufassen ist, dafs die dos vielmehr nur zurückgefordert werden durfte, falls die Heirat nicht zustande gekommen oder die ungültige Ehe wieder aufgelöst war, wird allgemein angenommen[3]. Doch auch dieses Rückforderungsrecht hat ursprünglich offenbar nicht den Gegenstand einer condictio gebildet. Vielmehr sind die Sachen dem Manne vor der Ehe entweder unter der Bedingung übergeben worden, dafs sie „erst mit Abschlufs der Ehe dotal und also Eigentum des Empfängers werden sollen“[4], dann ist die Rückforderungsklage die Vindikation, oder sie sind dem Manne sofort zu eigen gemacht worden. In diesem Falle half seit Servius die cautio rei uxoriae, vorher nur, nachher vielleicht auch noch die fiducia. Diesen letzteren Fall nun hat die vorliegende Stelle im Auge. Darauf deutet vielleicht auch das „interim datum“ hin, indem das dare die Eigentumsübertragung, das interim die Beschränkung, sei es durch

[1] l. 43 D. 6, 1.

[2] Lenel, Paling. I. Paulus n. 423; Pernice, Labeo III. S. 213 n. 3.

[3] Vgl. Pernice, Labeo III. S. 268; Bekker, Aktionen I. S. 132 f.

[4] Pernice, Labeo III. S. 268 f.

Kaution oder fiducia, andeutet. Für die Annahme einer fiducia spräche auch die Analogie mit einem Fragmente des Marcellus[1], das nach seiner äufseren Form und seiner Stellung in den Digesten auf den ersten Blick ebenfalls die Vermutung einer condictio causa data causa non secuta begründet, thatsächlich aber allgemein und mit Recht auf die fiducia gedeutet wird[2]. Übrigens bereitet die Annahme einer fiducia in unserer Stelle um so weniger Schwierigkeiten, als der sorgsame pater familias zweifelsohne in Anbetracht der zahlreichen Fährlichkeiten, die dem Bestande der Ehe drohten, die dos regelmäfsig nicht sofort zu unbedingtem Eigen übertragen, sondern durch Abschlufs einer fiducia sich gesichert haben wird. Nur angesichts des Umstandes, dafs gerade Servius es war, der die cautio rei uxoriae in das Civilrecht einführte, liegt die Vermutung nahe, dafs seine repetitio vielleicht eher solche Kaution im Auge habe. In keinem Falle aber kann diese Stelle, wenn sie auch nicht unbedingt die Nichtexistenz der condictio causa data causa non secuta für jene Zeit zur Voraussetzung hat, für sich allein für eine solche Beweis machen[3].

Drei weitere Stellen entstammen den Werken des Alfenus Varus, der uns von Pomponius als Schüler des Servius bezeichnet wird und nach anderer Überlieferung im Jahre 39 vor Chr. als consul suffectus fungierte.

Die Entscheidung der ersten[4] dieser drei Stellen — sie trägt die Überschrift: Alfenus Varus libro secundo digestorum — knüpft an den Fall an, dafs zwei Grundnachbarn eine gemeinsame Grenzmauer neu aufrichten, bevor sie jedoch die alte Mauer niederreifsen, eine sponsio und restipulatio damni infecti hinsichtlich der aus solcher Demolierung drohenden Gefahr schliefsen. Der Jurist meint, sie hätten nicht jeder für den ganzen Schaden Kaution leisten sollen, nachdem sie es aber einmal gethan, seien sie für das

[1] l. 49 D. 24, 1.
[2] Pernice, Labeo III. S. 136 f.
[3] Eisele, Abh. S. 163 n. 39.
[4] l. 43 § 2 D. 39, 2.

Ganze verhaftet. Sodann fährt er fort: Idem consulebat, possetne, quod ob eam rem dedisset, rursus repetere, quoniam restipulatus esset a vicino, si quid ob eam rem, quod ibi aedificatum esset, sibi damnum datum esset, id reddi, cum et ipsam hanc pecuniam, quam daret, propter illud opus perderet. respondit non posse propterea, quia non operis vitio sed ex stipulatu id omitteret.

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, dafs die repetitio, die mit diesen letzten Worten versagt ist, keine andere ist als die Klage aus der restipulatio, womit die Stelle lediglich als ein Fall einer der drei Ciceronianischen Kondiktionsfälle gekennzeichnet ist.

Gehört dieses Fragment, wenigstens seiner Inskription nach, dem litterarischen Nachlasse des Alfenus selbst an, so sind die beiden anderen Stellen unmittelbar aus der Epitome der Digesten Alfens entnommen und nur mittelbar und mit Vorbehalt dem Alfenus zuzurechnen. Es ist zumindest fraglich, ob sie, wie dies von Lenels Seite geschieht[1], in ihrer uns überlieferten Gestalt ohne weiteres dem Alfenus zugeschrieben werden dürfen. Schon diese Erwägung aber läfst ihre Beweiskraft in abgeschwächtem Lichte erscheinen.

Die eine, deren Interpretation ebenfalls nicht besondere Schwierigkeit bereitet, ist l. 40 pr. D. de contr. empt. 18, 1: Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat, ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur et de modo renuntiaret, et si ante eam diem non renuntiasset, ut venditoris fides soluta esset: emptor intra diem mensurae quo minorem modum esse credidit renuntiavit et pecuniam pro eo accepit: postea eum fundum vendidit et cum ipse emptori suo admetiretur multo minorem modum agri quam putaverat invenit: quaerebat, an id quod minor is esset consequi a suo venditore posset. respondit interesse, quemadmodum lex diceretur, nam si ita dictum esset, ut emptor diebus triginta proximis fundum metiatur et domino renun-

---

[1] Paling. I Alfenus 62 u. 69.

tiet, quanto modus agri minor sit, quo post diem trigensimum renuntiasset, nihil ei profuturum: sed si ita pactum esset, ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiatur et de modo agri renuntiet, et si in diebus triginta renuntiasset minorem modum agri esse, quamvis multis post annis posse eum quo minor is modus agri fuisset repetere.

Der Inhalt der Stelle läfst keinen Zweifel darüber, dafs die repetitio auf eine besondere beim Abschlusse des Kaufes getroffene Vereinbarung sich stützt. Nun ist es aber gerade eine der wesentlichsten Funktionen der Kaufklage, dafs sie neben der Erfüllung des Vertrages im engeren Sinne auch der Geltendmachung der aus mangelhafter oder vertragswidriger Erfüllung erwachsenden Ansprüche dient. Will man daher nicht das repetere auf eine besondere Strafstipulation beziehen, wie sie vor Schaffung der ädilicischen Rechtsmittel allgemein üblich waren, so steht doch nichts im Wege, es von der Kaufklage selbst zu verstehen. Jedenfalls aber scheint es selbst für die spätere Zeit ausgeschlossen, in diesem Falle an eine condictio zu denken, weil der in Frage stehende Anspruch „quo minor is modus agri fuisset“ unter Umständen wenigstens ein incertum darstellt, die incerti condictio aber — dies kann schon an dieser Stelle betont werden — dem klassischen Rechte fremd war. Damit ist jedoch die in zweite Linie gestellte Annahme einer Strafstipulation nicht unbedingt verworfen, denn aus solcher kann, falls sie ein incertum zum Gegenstande hätte, eine (incerta) actio ex stipulatu entspringen. Wahrscheinlich aber wäre sie ohne Rücksicht auf die Höhe des Schadens ein für allemal auf eine bestimmte Summe abgestellt gewesen.

Bei weitem die erheblichsten Schwierigkeiten setzt der Auslegung die letzte, angeblich dem Alfenus angehörende Stelle entgegen, die trotzdem in der Litteratur bisher ziemlich unbeachtet geblieben ist. Es ist l. 36 D. 12, 6: Servus cuiusdam insciente domino magidem commodavit, is cui commodaverat pignori eam posuit et fugit; qui accepit non

aliter se redditurum aiebat quam si pecuniam accepisset; accepit a servulo et reddidit magidem; quaesitum est an pecunia ab eo repeti possit; respondit, si is, qui pignori accepisset magidem, alienam scit apud se pignori deponi, furti eum se obligasse ideoque, si pecuniam a servulo accepisset redimendi furti causa, posse repeti; sed si nescisse alienam apud se deponi, non esse furem, item, si pecunia eius nomine, a quo pignus acceperat, a servo ei soluta esset, non posse ab eo repeti.

Die Frage, die hier behandelt wird, ist die, ob der Pfandgläubiger, dem eine fremde Sache ohne Willen und Wissen des Eigentümers verpfändet wurde, diese dem Eigentümer nur gegen Ersatz der Pfandsumme oder unbedingt herauszugeben verpflichtet sei, und ob der Eigentümer, der solchen Ersatz geleistet hat, diesen nachträglich wieder zurückfordern könne.

Der Jurist entscheidet dahin, dafs der Rückforderung des Eigentümers nur dann stattzugeben sei, wenn der nunmehr beklagte Pfandgläubiger die Sache wissentlich als eine fremde in Pfand genommen, dagegen nicht, wenn er damals in gutem Glauben gehandelt habe oder die Zahlung im Namen seines Pfandschuldners erfolgt sei.

Zunächst nun tritt uns an dieser Stelle besonders deutlich die Erscheinung entgegen, dafs den Kompilatoren bei der Einordnung der Fragmente unter die verschiedenen Klassen der condictio sine causa nicht selten die richtige Systematik fehlte[1]. Schon darin liegt ein Fingerzeig dafür, dafs diese Einteilung nicht dem hergebrachten Rechte entsprach[2]. Die repetitio des Eigentümers in der vorliegenden Stelle nämlich kann, selbst wenn sie als condictio gelten soll, jedenfalls nicht die condictio indebiti gewesen sein[3]. Denn die Zahlung erfolgte wissentlich zu dem Zwecke, um die Herausgabe der Sache zu erlangen. Ein Irrtum des

[1] Vgl. Voigt, cond. S. 625.
[2] Vgl. Bekker, Aktionen I S. 122 f.
[3] A. M. Pernice, Labeo I. S. 422 n. 20.

Zahlenden liegt daher in der That nicht vor. Die Klage kann aber auch nicht die condictio causa data causa non secuta sein. Denn die Voraussetzung, unter der die Zahlung erfolgte, nämlich die Herausgabe der Sache, wurde thatsächlich erfüllt. Aus ähnlichem Grunde kann auch nicht an eine condictio sine causa gedacht werden.

Soll also trotzdem der fragliche Klageanspruch in den Kreis der condictio gezogen werden, so erübrigt nur mehr die doppelte Möglichkeit, ihn als condictio ob turpem causam oder als condictio furtiva zu fassen. Die Glosse[1] trifft die erstere Wahl. Voigt[2] nimmt je nach dem Wechsel der Voraussetzungen bald die eine, bald die andere an. Die Rückforderung wird nun darauf gestützt, dafs Beklagter sich durch wissentliche Annahme einer fremden magis des Diebstahls schuldig gemacht und das Geld daher furti redimendi causa angenommen habe. In diesem Thatbestande die Grundlage einer condictio furtiva zu erblicken, scheint um so unbegründeter, als die Hehlerei der gestohlenen Sache an sich schon den Hehler nach klassischem Rechte nicht zum Diebe im Sinne der condictio furtiva machte[3]. Solche Auffassung würde nur durch einige spätrömische Kaiserkonstitutionen[4] verständlich, die eine derartige Ausdehnung der condictio furtiva zu bezielen scheinen. Überdies stellt sich der Annahme einer condictio furtiva auch der Umstand entgegen, dafs sie nur zulässig wäre, so lange das Geld noch nicht vermischt oder konsumiert ist. Gerade bei Geld aber ist die Vermischung oder Konsumtion jedenfalls wahrscheinlicher im Zeitpunkte der Klageanstellung schon als vollzogen anzunehmen. Dagegen spricht die äufsere Ähnlichkeit des Thatbestandes mit dem von Ulpian[5] geschilderten: item (condici posse) si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam

---

[1] Gl. repeti ad h. l.
[2] l. c. S. 633 n. 558, S. 772.
[3] l. 6 D. 13, 1.
[4] l. l. 2, 12 C. h. t. 6, 2 u. a. m.
[5] l. 2 § 1 D. 12, 5.

apud te auf den ersten Blick allerdings für die Annahme einer condictio ob turpem causam. Allein ein Unterschied besteht doch vor allem darin, dafs das depositum regelmäfsig unentgeltliches Geschäft ist, daher in der Annahme einer Summe Geldes für die Ausfolgung des Depots an sich schon eine turpitudo gelegen ist, während es umgekehrt zum Wesen des Pfandvertrages gehört, dafs der Pfandgläubiger in der Regel nur gegen Erlag der Pfandsumme zur Herausgabe des Pfandes verbunden ist. Auch ist gerade der Pfandvertrag gültig, mag nun eine eigene oder eine fremde Sache hingegeben worden sein, mag der Pfandgläubiger darum gewufst haben, dafs die Sache eine fremde war, oder nicht[1]. Es kann daher wohl in keinem Falle in der Annahme der Pfandsumme eine solche turpitudo erblickt werden, die zur Begründung der condictio ob turpem causam hinreichen würde. Alfenus scheint auch bei Gewährung der repetitio durchaus nicht von einem derartigen Gedanken geleitet. Wenigstens spricht dafür der Umstand, dafs er das Schwergewicht der Entscheidung auf die Frage verlegt, in wessen Namen und unter welchem Titel die Zahlung der Pfandsumme erfolgte.

Die Stelle vermag daher, auch im Lichte Justinianischer Rechtsanschauung betrachtet, kein befriedigendes Ergebnis bezüglich der Frage zu zeitigen, welche condictio ihr zu Grunde liegen soll. Das Schwanken der Kompilatoren bei der systematischen Einordnung der Stelle unterstützt vielmehr die Vermutung, dafs erst diese sie für die Unterordnung unter die eine oder die andere Kondiktionengruppe zuzuschneiden versuchten. Es könnte nicht schwer fallen, diese Annahme durch den Hinweis auf einzelne sprachliche Schwierigkeiten zu festigen. Es läge insbesondere die Versuchung nahe, die Stelle statt auf Kommodat und Pignus ursprünglich auf fiducia bezogen zu denken. Für das erstere spräche die verworrene und geschraubte Ausdrucksweise

---

[1] Vgl. Schmid, Die Grundlehren der Cession I. S. 88 ff.; Dernburg, Pfandrecht I. S. 139; l. 9 pr. § 4 u. a. m. D. 13, 7.

der Stelle überhaupt und einzelne Wendungen wie pignori deponi u. a. m. insbesondere. Die letztere Annahme fände eine äuſserliche Stütze in dem pignus reddere (dare!), eine innere Begründung aber in der sorgfältig durchgeführten Unterscheidung der bona und mala fides auf seiten des Pfandgläubigers oder Fiduciars. Gehört doch die Stelle einer Zeit an, wo sich mit dem Übergange vom Legisaktionen- zum Formularprozesse gleichzeitig die Umwandlung der fiducia aus einem negotium stricti iuris in ein solches bonae fidei vollzog. Allein mag nun die Stelle ursprünglich von der fiducia gehandelt oder mag schon Alfenus von Kommodat und Pignus gesprochen haben, immer bleibt die Frage noch offen, mit welcher Klage, wenn nicht mit einer condictio, der Eigentümer die Rückforderung der dem bösgläubigen Pfandgläubiger geleisteten Zahlung habe geltend machen können. Die Stelle umfaſst nun einen doppelten, wenn man will, einen dreifachen Thatbestand. Ein Sklave hat insciente domino eine magis zu Kommodat gegeben. Der Kommodatar hat diese magis einem Dritten verpfändet. Von diesem Dritten hat der dominus die magis gegen Zahlung der Pfandsumme ausgefolgt erhalten. Nunmehr fordert der dominus diese Zahlung zurück. Der erste Thatbestand findet seine Analogie in einem Fragmente Ulpians[1]: Si servus meus rem meam tibi scienti nolle me tibi commodari commodaverat, et commodati et furti nascitur actio et praeterea condictio ex causa furtiva. Daraus wird auch für den vorliegenden Fall geschlossen werden dürfen, daſs dem dominus gegen den Kommodatar die actio commodati zustände. Nun hat aber der Kommodatar die Sache weiter verpfändet. Der Pfandvertrag ist gültig, mag der Verpfänder eigene oder fremde Sachen zur Sicherung der jenseitigen Forderung übergeben haben[2]. Ist

---

[1] l. 14 D. 13, 6.

[2] l. 9 pr. § 4; l. 16 § 1; l. 32; l. 22 § 2 D. 13, 7; l. 21 § 1 D. 20, 5 u. a. m.; vgl. Schmid, Cession I. S. 88 ff.; Dernburg, Pfandrecht I. S. 139 f.

daher eine fremde Sache zum Pfande gegeben, so bewirkt die Gültigkeit des Pfandvertrages unter anderem, dafs der Pfandnehmer vor Bezahlung der Schuld zur Retention berechtigt[1] und erst nach Bezahlung der Schuld zur Restitution verpflichtet ist[2]. Vom Kommodatar, der die Sache weiterbegeben hat, könnte der dominus jedoch zweifellos Abtretung der diesem gegen den Dritten zustehenden Klagen verlangen[3]. Wenigstens bestimmt schon Labeo[4] für einen ähnlichen Fall: competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversum eum praestem. Denn direkt könnte der dominus aus dem von jenem abgeschlossenen Kontrakte nur dann klagen, wenn der Kommodatar ihm oder seinem Sklaven die Rückforderung gegenüber dem Pfandgläubiger vorbehalten hätte[5]. Ein solcher stillschweigender Vorbehalt wird zwar unbedenklich in allen Fällen anzunehmen sein, wo ein erster Kommodatar weiter kommodiert oder ein erster Pfandgläubiger weiter verpfändet[6]. Allein solche stillschweigende Übereinkunft wird vorliegenden Falles deshalb nicht vermutet werden können, weil schon beim Kommodat der Abschlufs insciente domino betont ist. Auch ist es zumindest zweifelhaft, ob eine derartige direkte Klage schon damals statthaben konnte. Doch nicht genug damit stellen sich auch der an sich selbstverständlichen Klagenprästation durch den Kommodatar ungeahnte Schwierigkeiten entgegen, indem es vom Kommodatar ausdrücklich heifst: pignori eam posuit et fugit. Doch auch für solche Fälle war im römischen Rechte vorgesorgt. Auch dort, wo die Klagencession selbst „weder förmlich noch faktisch vorlag“, konnten ihre Wirkungen dennoch eintreten. Nur mufste eine weitgreifende Fiktion Platz greifen.

---

[1] l. 1 pr. D. 20, 1; l. 1 § 5 D. 43, 32.

[2] Vgl. Note 2 S. 110.

[3] l. 38 D. 21, 2.; l. 40 § 2 D. 5, 3; l. 21 D. 6, 1; l. 16 D. 16, 3; l. 13 § 12; l. 31 pr. D. 19, 1; l. 35 § 4 D. 18, 1; l. 14 pr. D. 47, 2.

[4] l. 5 § 12 D. 13, 6.

[5] l. 1 § 11 D. 16, 3; Paul. S.R. 2, 12 § 8.

[6] Vgl. Dernburg, Pfandrecht I. S. 155 ff.

Denn „daſs Kläger Gläubiger sei, konnte nicht unterstellt werden ohne die Unterstellung, daſs cediert worden sei[1]". Immerhin aber wurde von dieser doppelten Fiktion Gebrauch gemacht, um dem Berechtigten zu seiner utilis actio zu verhelfen. Es giebt allerdings Fälle, in denen utilis actio überhaupt nicht zugestanden wurde[2], auch wurde sie in manchen Fällen nur causa cognita gewährt[3]. Insbesondere aber ist sie in einigen Fällen von der Voraussetzung abhängig gemacht, daſs die Gelegenheit, „den Pflichtigen zur Cession zu zwingen, versäumt war[4]." Ein solcher Fall liegt nun in unserer Stelle vor, wo sich der Cessionspflichtige durch Flucht seiner Cessionspflicht entzogen hat. Es kann daher, zumal in manchen Fällen sogar das bloſse Dasein einer Cessionspflicht zur utilis actio genügt hat[5], keinem Zweifel unterliegen, daſs in unserer Stelle dem dominus die utilis pigneraticia actio gegen den Pfandgläubiger zustand.

Nun aber unterliegt es auch keiner Schwierigkeit mehr zu entscheiden, mit welcher Klage der dominus die Rückforderung der Pfandsumme geltend gemacht habe. Auch hierfür bieten die Quellen einen Analogiefall[6]: Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? et ait Cassius eum non solum ex conducto agere verum condicere domino posse; ego puto ex conducto omni modo eum habere actionem ....

Hier erfolgte Zahlung zur Erfüllung einer aus dem Vertragsverhältnisse erwachsenen Verpflichtung, die sich nachträglich als trügerisch erwies. Zurückgefordert aber wird diese Zahlung nach Ulpians Dafürhalten am zweckmäſsigsten durch die Kontraktsklage selbst. Ähnlich liegen

[1] Vgl. Brinz, Pand. I. S. 567 ff.
[2] Mühlenbruch, Cession, S. 468.
[3] l. 5 D. 46, 5; l. 18 § ult. D. 39, 2 u. a. m.
[4] l. 63 D. 6, 1; l. 57 de leg. I.
[5] l. 1 § 13 D. 27, 3; l. 5 pr. D. 50, 15; l. 18 C. 6, 37.
[6] l. 2 D. 12, 7.

nun die Verhältnisse auch in unserer Stelle. Auch hier leistete Kläger auf Grund des Pfandvertrages eine Zahlung, die sich nachträglich als unbegründet herausstellte. Demnach wird auch in unserem Falle die dem dominus kraft richterlicher Prästation aus dem Pfandvertrage zustehende Klage jene sein, mit deren Hilfe Alfenus die Pfandsumme zurückgefordert wissen wollte. Ein Bedenken scheint nur darin gelegen, dafs andern Ortes[1] gelehrt wird, der Pfandgläubiger, der eine fremde Sache in Pfand genommen, sei auch solche nur gegen Ersatz der Pfandsumme herauszugeben verpflichtet. Es wäre daher anzunehmen, dafs der Eigentümer, der mit der Pfandklage Herausgabe der Sache selbst verfolgt, die Pfandsumme erlegen müsse. Nun aber soll er diese Pfandsumme selbst wiederum mit der Pfandklage zurückfordern können. Doch auch dieses Bedenken läfst sich ohne Schwierigkeit zerstreuen. Dem Pfandgläubiger, der eine fremde Sache zu Pfand nahm, wird zwar regelmäfsig trotzdem das contrarium iudicium gegen den Pfandschuldner eingeräumt[2]. Eine Ausnahme tritt jedoch dann ein, wenn er darum gewufst hat, dafs die Sache eine fremde war[3]. Diesen Fall aber hat auch unsere Stelle im Auge. Sie entscheidet ihn nun dahin, dafs in solchem Falle dem Pfandgläubiger gegenüber dem Eigentümer ein Anspruch auf Ersatz der Pfandsumme nicht zustehe, dafs er vielmehr zur Herausgabe der trotzdem bezahlten Summe verhalten sei. Dies erweckt allerdings den Anschein, als ob dem Pfandgläubiger eine Einrede dadurch verloren gegangen wäre, dafs die Pfandklage nunmehr in die Hände des Eigentümers übergegangen ist. Denn gegenüber dem flüchtigen Kommodatar hätte er jedenfalls gegen die ursprüngliche Pfandklage die noch nicht erfolgte Tilgung der Pfandschuld, gegen die Pfandklage aber, die Rückzahlung der Pfandsumme anstrebte,

---

[1] l. 22 § 2; l. 32 D. 13, 7; l. 12 § 1 D. 20, 5; vgl. Schmid, Cession I. S. 88 f.; Dernburg, Pfandr. I. S. 139.
[2] l. 9 pr. § 4 D. 13, 7.
[3] l. 16 § 1 D. 13, 7.

den dolus des Klägers einwenden können. Die Entscheidung scheint daher den Grundsätzen der Cession, die doch wohl schon für die im klassischen Rechte übliche Klagenprästation gegolten haben müssen, zu widersprechen, wonach dem debitor cessus auch gegenüber dem Cessionar alle Einreden zu Gebote stehen sollen, die ihm seinerzeit gegen den Cedenten erwachsen waren. Allein thatsächlich handelt es sich nicht so sehr um den Verlust einer Einrede, als vielmehr um die Ausübung einer Replik. Dem Eigentümer steht gegen die Einrede des Pfandgläubigers die Replik der mala fides zu, die dem Kommodatar allerdings vermöge seiner eigenen Bösgläubigkeit nicht zur Verfügung gewesen wäre. Nun kann aber der Cessionar nicht nur „von den aus der Person des Cedenten herrührenden Repliken wider die Exceptionen" des Cessus „denselben Gebrauch machen, welcher dem Cedenten zustand", sondern auch „von den aus seiner eigenen Person einen unbeschränkten Gebrauch, soweit sie wider die aus seiner Person entsprungenen Exceptionen gerichtet sind, oder sich auf ein besonderes, ihm ohne Beziehung auf eine gewisse Person oder unabhängig von der cedierten Forderung zuständiges Recht gründen[1]." Ein solches Recht aber steht dem klagenden Eigentümer aus dem Titel seines Eigentumes zu. Denn dieses gewährt ihm einen Anspruch auf Herausgabe der Sache ohne Rücksicht auf die vom Pfandgläubiger für deren Erwerb verausgabten Kosten[2], wenigstens im Falle der mala fides des Beklagten. Dies ist offenbar der Sinn der Stelle. Überdies aber wird diese Auffassung der Stelle dadurch um vieles wahrscheinlicher, daſs eine Cession im Sinne einer vertragsmäſsigen Forderungsübertragung überhaupt nicht vorliegt. An eine solche kann, ganz abgesehen von dem Inhalte der Stelle, schon deshalb nicht gedacht werden, weil solche Cession dem damaligen Rechte überhaupt nicht bekannt war. Es handelt sich viel-

---

[1] Sintenis, Civilr. II. S. 816; Mühlenbruch, Cession, S. 608 ff. Francke, Archiv für die civ. Praxis, 16. Bd. a. a. O. S. 428 ff.

[2] Windscheid, Pand. I. § 195 n. 1.

mehr um ein durch prätorischen Machtspruch fingiertes mandatum agendi in rem suam. Einem solchen aber wird insbesondere in Anbetracht der mala fides des Beklagten um so eher die Möglichkeit zugestanden werden können, dafs es dem Kläger die Befugnis einzuräumen vermochte, sich gegenüber den Einreden des Beklagten der Repliken zu bedienen, die ihm aus einem von der prästierten Klage unabhängigen Rechte erwuchsen. Diese Regelung aber befindet sich in vollem Einklange damit, dafs dem Pfandgläubiger in demselben Falle auch die actio contraria gegen den Pfandschuldner selbst versagt wird. Bringen doch beide Sätze übereinstimmend den Gedanken zum Ausdrucke, dafs der Pfandgläubiger, der wissentlich eine fremde Sache in Pfand nimmt, aller Ansprüche aus dem Pfandvertrage verlustig geht. Schliefslich sei noch darauf hingewiesen, dafs auch sonst in Ausnahmsfällen die actio pigneraticia begründet sein kann, ohne dafs vorher Zahlung der Pfandsumme erfordert würde[1]. Sind nun auf diese Weise alle Schwierigkeiten der Stelle in befriedigender Weise gelöst, so entfällt auch die Notwendigkeit, in der Stelle, selbst in ihrer überlieferten Gestalt, eine condictio zu suchen. Dieses Ergebnis ist um so erfreulicher, als die Annahme einer condictio, wie zuvor angedeutet wurde, ohnedies schwer fallen müfste, und als die in der Stelle gebrauchte Argumentation selbst auf die hier vertretene Anschauung hinzuweisen scheint. Denn nur die hier gewählte Auslegung läfst den sonst belanglosen Umstand zu voller Geltung kommen, dafs Kommodatar floh. Ebenso wird nur in diesem Lichte die Betonung des Umstandes von Bedeutung, dafs die Zahlung der Pfandsumme nicht etwa im Namen des Pfandschuldners erfolgte. Denn dächte Alfenus an eine condictio ob turpem causam, so müfste diese vermutlich auch dem Pfandschuldner zu Gebote stehen, da die Pfandnahme einer wissentlich fremden Sache allem Anschein nach und schlimmsten Falles nur eine turpitudo auf Seiten

[1] l. 11 § 2 D. 13, 7; vgl. auch l. 9 § 3; l. 11 § 5 eod.; l. 43 D. 13, 7.

des Pfandnehmers, nicht auch auf Seiten des Pfandbestellers begründete. Wie wäre es sonst möglich, dafs in solchen Fällen der Pfandbesteller dennoch auf Herausgabe der Früchte klagen[1], der Pfandnehmer dagegen sein contrarium iudicium einbüfsen sollte[2]. Dagegen macht es für die actio pigneraticia allerdings einen Unterschied, ob die Zahlung im Namen des Kommodatars oder in dem des dominus erfolgt war, denn der Rückforderung jenes könnte der Pfandgläubiger die exceptio doli mit Erfolg entgegenstellen, die dieser mit der Replik zurückschlägt. Endlich aber deutet der Zusammenhang, in dem die Stelle in Alfenus' Werken gestanden hat, in keiner Weise auf die condictio hin. Denn mag man nun zwei verschiedene Auszüge oder nur den einen Paulinischen annehmen[3], in keinem Falle findet sich im fünften Buche der Digesten Alfens ein Anklang an die condictio.

So erübrigt nur mehr ein, allerdings der bedeutendste Gewährsmann für die in Rede stehende Zeit, nämlich Labeo. Jene seiner Fragmente, die anscheinend eine condictio furtiva im Auge haben, wurden bereits andern Ortes entsprechend beleuchtet. Auch für die condictiones sine causa können nur wenige der von ihm überlieferten Bruchstücke ins Feld geführt werden. Vor allem aber scheint es bemerkenswert, dafs vorzüglich an einer Stelle[4] Ulpian unter namentlicher Berufung auf Labeo in einer Reihe von Thatbeständen nur eine exceptio doli gewährt, wo eine condictio sine causa erwartet werden könnte. Daraus könnte vielleicht ein allerdings wenig überzeugendes argumentum a contrario dafür entnommen werden, dafs Labeo solche condictio thatsächlich nicht gekannt habe. Davon abgesehen kommt der Stelle an sich zwar unmittelbare Bedeutung für die Geschichte der condictio nicht zu. Sollte

---

[1] l. 2 § 3 D. 13, 7.
[2] l. 16 § 1 D. 13, 7.
[3] Vgl. Lenel, Paling. I. S. 38 n. 1; Krüger, Quellen, S. 64 u. n. 49.
[4] l. 4 D. 44, 4; vgl. dazu l. 33 D. 12, 6.

aber die Ablehnung der condictio sine causa für diese Zeit sich thatsächlich als zutreffend erweisen, so läge darin ein Beweis mehr für die Annahme, dafs die exceptio doli der condictio sine causa zeitlich vorausgegangen ist[1], und eine Erklärung für die merkwürdige Erscheinung, dafs gewisse Ansprüche sich niemals über die defensive Geltendmachung erhoben und noch in spätester Zeit, nachdem die condictio bereits die umfassendste Anwendung gefunden hatte, von der angriffsweisen Ausübung ausgeschlossen blieben. Dieses Verhältnis liefse es auch in um so gröfsere Gewifsheit treten, dafs auch die condictio des Legisaktionenprozesses nur dem Streite um Stipulation, Darlehen und Litteralkontrakt (und fiducia) zugänglich und niemals condictio sine causa gewesen ist. Denn die legis actio kannte noch nicht die Verteidigung in der Form der exceptio. War nun dem Formularprozesse in den Anfängen seiner Entwicklung das Angriffsmittel der condictio sine causa fremd, und stieg der Formularprozefs auf dem Gebiete der von condictio und doli exceptio später gemeinsam beherrschten Rechtsverhältnisse gerade umgekehrt von der exceptio zur actio auf, so ist dies nur dadurch erklärlich, dafs auch die legis actio eine derartige Klage noch nicht gekannt hat.

Die Ansprüche, deren angriffsweise Geltendmachung auch späterhin ausgeschlossen blieb, sind jene, die in der Regel unter dem Gesamtnamen der Retentionsansprüche zusammengefafst werden[2]. Die Hauptfälle bilden die Gegenansprüche des gutgläubigen Besitzers gegenüber der Klage des Eigentümers[3], die Aufrechnungen des Ehemannes gegenüber der Dotalklage[4] und die Ersatzansprüche des mit der Erbschafts- oder Legatsklage belangten Besitzers[5]. Alle diese sind verhalten, ihre Gegenforderungen bei sonstigem

---

[1] Witte, Bereicherungsklagen, S. 48 ff.; dagegen Pernice, Labeo I S. 418.

[2] Gaius, 4, 108; vgl. Jhering, Geist, 3. Bd. S. 48—126.

[3] l. 33 D. 12, 6; l. 14 D. 44, 4; l. 14 § 1; l. 29 pr. D. 10, 3.

[4] § 37 I. 4, 6; l. 56 § 3 D. 23, 3.

[5] l. l. 38, 39 D. 5, 3.

Ausschlusse im Retentionswege geltend zu machen. An diesem allgemeinen Satze vermag weder die Bestimmung der l. 23 § 5 i. f. D. 6, 1 etwas zu ändern, die, selbst wenn wir der „gewagten“ Auslegung Zimmermanns[1] und Pfersches[2] folgen[3], nur eine beschränkte Ausnahme davon darstellt, noch auch l. 60 D. de leg. I. (30). Diese letztere nämlich hat schon der Glosse[4] Bedenken erregt, denen sie nur dadurch gerecht zu werden vermochte, dafs sie in der Stelle ein bedingtes Legat und die Befriedigung des Legatars durch den Erben vor Eintritt solcher Bedingung annahm, wofür die Stellung des Fragmentes inmitten einer Reihe von solchen, die ausschliefslich von bedingten Legaten handeln, immerhin einen Schimmer von Berechtigung gewährt. Allein dieser einschränkenden Interpretation bedarf es nicht, weil die Stelle in Anbetracht einer ihr unzweifelhaft innewohnenden Interpolation, die anläfslich der Darstellung der condictio incerti zu erörtern sein wird, ohnedies an Beweiskraft verliert, aufserdem aber die daneben überlieferte Lesart „ratione“ statt „retentione“[5] die Stelle dem Kreise derer, die von den Retentionsansprüchen handeln, zu entziehen geeignet ist. Jedenfalls aber haben wir es nur mit einzelnen Ausnahmen zu thun, die dem allgemeinen Grundsatze: „ex quibus causis retentionem habemus .... repetere non possumus“[6] nicht Eintrag zu thun im stande sind. Im Gegenteile deuten gerade solche Ausnahmen darauf hin, dafs die Beschränkung eines Rechtes auf die einredeweise Geltendmachung ein Stehenbleiben in der Entwicklung bedeutet, das nur in einzelnen Fällen durch die Fortbildung bis zur selbständigen Klage überholt worden ist. Dies spricht in einer Weise für die spätere Entstehung der condictiones sine causa, der gegenüber socialpolitische

[1] Echte und unechte neg. gestio S. 83.
[2] Die Bereicherungsklagen, S. 85.
[3] Vgl. Labeo, II. S. 122 ff.
[4] Gl. retentione ad. leg. quod si nulla (61 de leg. I.).
[5] Vgl. Mommsen, Digesten ad h. l.
[6] l. 51 D. 12, 6.

und legislative Erwägungen, die zur Erklärung dieser Erscheinung herangezogen zu werden pflegen, nicht durchzuschlagen vermögen.

Kehren wir nach dieser Abschweifung wieder zu Labeo zurück, so ist zunächst die Thatsache bemerkenswert, daſs auch er von einem umfassenden Anwendungsgebiete der jeweiligen Geschäftsklage ausgeht. Auch ihm dient die Geschäftsklage nicht nur dazu, die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zu erzwingen; er sieht ihre Aufgabe vielmehr in der Regel auch darin, Mängel der Erfüllung geltend zu machen und geschäftswidrig erfolgte Leistungen zurückzufordern. Eine Reihe von Stellen, die den Werken Labeos teils unmittelbar entnommen, teils von anderen Schriftstellern angezogen sind, gewähren die verschiedenen Geschäftsklagen in einem Umfange, der das Bedürfnis nach einer speciellen Zwecken dienenden condictio sine causa nicht zum Durchbruche kommen läſst[1]. Die von Labeo und Mela vereinzelt gewährte actio praescriptis verbis[2] dort, wo anscheinend die Kontraktsklage versagt, ist dagegen bereits als Interpolation erwiesen und auch in diesen Fällen von den beiden Autoren offenbar an die Kauf- und Mietklage gedacht[3].

Trotzdem scheint Labeo in einigen wenigen Fällen eine condictio sine causa zu gewähren. An einer Stelle[4] heiſst es: Labeo libro quarto pithanon a Paulo epitomatorum: Si eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coëgisti, nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet. Daran knüpft Paulus die Entscheidung der Fragen über den Fruchterwerb durch Perception. Heimbach[5] nimmt die Stelle als ältestes Zeugnis für die sogenannte condictio

---

[1] l. 5 § 12 D. 13, 6; l. 17 § 5 D. eod.; l. 1 § 38 D. 16, 3; l. 8 pr. D. 17, 1; l. 65 § 5 D. 17, 2; l. 45 D. 18, 1; l. 78 § 3 D. 18, 1.

[2] l. 20 pr. und § 1 D. 19, 5.

[3] Vgl. Gradenwitz, Interpol. S. 138 f.

[4] l. 78 D. 6, 1.

[5] Die Lehre von der Frucht, 4. Heft, S. 94 ff.; zustimmend Savigny, System, 6. Bd. S. 119.

fructuum in Anspruch. Allein zur Unterstützung dieser Annahme vermöchten wohl nur die Schlufsworte te dare oportet herangezogen zu werden. Erwägt man jedoch, dafs wohl dare oportere als Formelworte anzusehen sind, dafs aber die Worte dare oportere für sich allein noch keinen genügenden Anhaltspunkt dafür zu gewähren vermögen, welche Formel im einzelnen Falle gemeint sei[1], und dafs insbesondere „nihil te dare oportet“ schwerlich als Formelbestandteil angesehen werden kann, so wird der Annahme einer condictio in der vorliegenden Stelle ihre einzige Stütze entzogen. Diese Annahme erscheint aber um so unwahrscheinlicher, als die Stelle im Zusammenhange mit der Restitutionspflicht des Beklagten gegenüber der rei vindicatio auftaucht, und als auch die von Paulus stammenden Zusätze in keiner Weise eine derartige Auslegung berechtigt erscheinen lassen. Endlich kann die condictio fructuum regelmäfsig von dem Beklagten mit der exceptio „quod praeiudicium fundo partive eius non fiat“ insolange zurückgeschlagen werden, als das Eigentum des Klägers an dem im Streite verfangenen Grundstücke nicht festgestellt ist[2]. Auch dieser Einrede ist an unserer Stelle nicht gedacht. Es spricht daher alles dafür und nichts dagegen, dafs die Stelle nicht von der condictio fructuum handle, sondern, wie schon die Glosse[3] annimmt, die Frage der Restitutionspflicht aus Anlafs der Eigentumsklage zum Gegenstand habe.

An einer anderen Stelle[4] soll Labeo eine condictio ob turpem causam im Auge haben, wenn von ihm berichtet wird: Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sid meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Dafs die Stelle vom Standpunkte Ulpians, der uns diesen Ausspruch berichtet, den Thatbestand einer

[1] Vgl. Bekker, Aktionen I S. 12.
[2] l. 18 D. 44, 1.
[3] Gl. si eius und oportet ad h. l.
[4] l. 4 § 3 D. 12, 5.

condictio ob turpem causam begründete, soll um so weniger bezweifelt werden, als sie dem Buche seines Ediktskommentars entnommen ist, das de rebus creditis, d. h. von den Kondiktionen handelte. Es liegt dagegen kein zwingender Grund vor, Labeos Worte auch nur vom Standpunkte Ulpians unbedingt auf die condictio zu beziehen. Vielmehr deutet die „nova ratio“, die Ulpian in der Begründung Labeos findet, darauf hin, daſs es diesem auch nach Ulpians Meinung in diesem Falle nicht auf das Vorhandensein einer turpitudo an sich ankam, sondern vielmehr darauf, ob sich die meretrix gegenüber ihrem Vertragsgegner einer turpitudo schuldig gemacht habe. Mit anderen Worten kam für Labeo nicht die turpitudo der Abmachung, sondern nur die turpitudo der einen Partei gegenüber der anderen gewissermaſsen als ein Specialfall des dolus in Betracht[1]. Dies ist es, was Ulpian wunder nimmt; und dies ist daraus erklärlich, daſs Ulpian die lediglich der Bekämpfung der turpitudo dienende condictio vorschwebt, während Labeo dagegen die dem vertragswidrigen Verhalten entgegentretende Geschäftsklage im Auge hat, in diesem Falle die aus dem Mietverhältnisse entspringende Klage, zu deren Anwendung ihm kein Grund vorliegt, da zwar das Gewerbe der meretrix an sich ein schmutziges, dessen Ausübung im einzelnen Falle aber nur Erfüllung einer vertragsmäſsig übernommenen Verpflichtung sei.

Es erübrigt daher nur mehr, da der Thatbestand der l. 39 pr. D. 40, 7 wohl schwerlich für eine condictio in Anspruch genommen werden kann, eine Stelle aus dem dritten Buche des Paulus ad Sabinum[2]: Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit: quod si debitum fuisset, non posse repeti Celsus: ideo, quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur,

---

[1] Vgl. Pernice, Labeo I. S. 421 und n. 17.
[2] l. 6 D. 12, 6.

ut solvat creditori neque postea expectandum sit, ut ratum habeat.

Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti.

Das Hauptgewicht der Stelle ist auf die Frage verlegt, welche Bedeutung der Leistung und Empfangnahme einer Zahlung durch den Prokurator beizumessen sei. Der Gedanke nun, den die Stelle zum Ausdrucke bringt, ist der, daſs die Ermächtigung zur Tilgung und Quittierung von Schulden schon in der Bestellung eines Prokurators an sich gelegen sei, daſs dagegen „selbst in einem generellen, auf Vermögensverwaltung im allgemeinen gerichteten Mandate die Ermächtigung zur Einziehung von Nichtschulden nicht enthalten sei. Hat der Prokurator ein indebitum eingezogen, so ist dies eine für den dominus vollkommen gleichgültige Thatsache, die erst dann auch für ihn Bedeutung gewinnt, wenn er ratihibiert[1].“ Daſs an die repetitio indebiti in dem technischen Sinne einer condictio indebiti wenigstens nicht in erster Linie gedacht ist, erhellt überdies auch daraus, daſs ihr die debiti repetitio, die doch sicherlich nicht Gegenstand einer condictio sein konnte, gegenüber gestellt ist. Allein trotzdem lassen sich die Zweifel nicht unterdrücken, wie es denn thatsächlich mit der indebiti repetitio zu Labeos Zeit gehalten worden sei. Die Erwägung nun, daſs gerade auf dem Gebiete des Geldverkehres der schleppende Gang der fiducia zuerst nach einer Vereinfachung gedrängt haben muſs, in Verbindung mit dem Umstande, daſs Labeo hier von indebitum repetere spricht, und gerade diese Ausdrucksweise auch später das Gebiet der sogenannten condictio indebiti beherrscht, läſst es mehr als wahrscheinlich erscheinen, daſs zu Ende der in Rede stehenden Zeitepoche die condictio indebiti unter der Patronanz Labeos ihren Einzug in das Civilrecht gehalten habe. Diese Annahme erscheint um so begründeter,

[1] Wlassak, Zur Geschichte der neg. gestio, 1879, S. 74 n. 26.

als Mela, ein sonst wenig genannter Zeitgenosse[1] Labeos, zwei Fälle überliefert, die Anwendungen der condictio indebiti darstellen, ohne nach irgend einer Richtung den Verdacht einer Interpolation zu begründen:

Fugitivus[2] meus, cum apud furem esset, pecuniam adquisiit et ex ea servos paravit eosque Titius per traditionem a venditore accepit. Mela ait mandati actione me consecuturum, ut restituat mihi Titius, quia servus meus mandasse Titio videbatur, ut per traditionem acciperet, si modo rogatu servi hoc fecerit: quod si sine voluntate eius venditor Titio tradiderit, tunc posse me ex empto agere, ut mihi eos venditor traderet, venditoremque per condictionem a Titio repetiturum, si servos tradiderit Titio, quos non debuerit, cum debere se existimaret.

Mag es auch an dieser Stelle regelmäfsig statt traditio und tradere ursprünglich mancipatio und mancipare geheifsen haben[3], so liegt doch kein genügender Grund vor, den Verdacht der Interpolation weiter auszudehnen. Vielmehr trägt gerade die substantivische Konstruktion per condictionem repetere das Zeichen der Echtheit an sich, und spricht die sorgfältige Begründung dieser condictio für das jugendliche Alter solcher indebiti condictio. Dasselbe gilt aber von dem zweiten Ausspruche Melas[4]:

Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducti actione repetiturum non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus etc. etc.

Kann es auch hinsichtlich der den restlichen Inhalt dieser Stelle bildenden Ausführungen, die ausdrücklich von der condictio indebiti handeln, zweifelhaft sein, ob sie noch

---

[1] Vgl. Dirksen, De Fabio Mela, 1818, S. 5.

[2] l. 22 § 9 D. 17, 1.

[3] Lenel, Paling. I. Mela 11.

[4] l. 19 § 6 D. 19, 2.

als Citat aus Melas Schriften oder als Ulpians eigene Worte anzusehen sind, so läfst doch schon das vorliegende Bruchstück, wenn anders ihm nicht Gewalt angethan werden soll, keine andere Deutung zu, als dafs Mela die indebiti condictio bereits gekannt habe. Auch hier ist das Bemühen bemerkenswert, eine strenge Scheidung zwischen der Geschäftsklage einerseits und der condictio andererseits zu treffen.

Um ein abschliefsendes Urteil über das Anwendungsgebiet der condictio in jener Zeit zu ermöglichen, sei endlich noch der allgemeine Ausspruch Ulpians[1] in Betracht gezogen, der neben jenem schon besprochenen Satze Tryphonins regelmäfsig zum Beweise dafür herangezogen wird, dafs die sogenannten condictiones sine causa bereits in die Zeit der Republik zu verlegen seien:

Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.

Allein nicht nur ist das Zeugnis Ulpians an sich wenig beweisend, zumal die gleichzeitige Berufung auf die Vertreter zweier weit auseinander liegender Zeitperioden, wie es Sabinus und Celsus sind, geringes historisches Urteil verrät, sondern es kann der Stelle in dem vorliegenden Wortlaute überhaupt die Bedeutung eines historischen Zeugnisses für die Sabinus vorausgehende Zeit nicht zuerkannt werden. Probare hat in der Rechtssprache zumindest einen schillernden Sinn[2], indem es sowohl mit adprobare und comprobare wie mit demonstrare und docere synonym gebraucht werden kann; in der ersteren Anwendung heifst es soviel wie beweisen, billigen, in der letzteren soviel wie lehren, zum Ausdrucke bringen, die Anschauung teilen. Es liegt nun kein Grund dagegen vor, anzunehmen, dafs ihm gerade an dieser Stelle der Sinn zukomme: Wiederholt bringt Sabinus die Anschauung der

---

[1] l. 6 D. 12, 5.

[2] Vgl. Dirksen, Manuale, probare, p. 763 f.

Alten zum Ausdrucke, dafs u. s. w., wonach Sabinus selbst als einer dieser Alten, nicht diese als Vorgänger jenes anzusehen sind. Diese Auffassung gewinnt überdies an Wahrscheinlichkeit, wenn erwogen wird, dafs die Stelle ursprünglich vermutlich in engem Zusammenhange mit einer anderen[1] gestanden ist, die von der condictio furtiva handelte[2], und dafs sich Aristo[3] fast derselben Wendung dort bedient, wo er zwar nicht ausdrücklich die condictio furtiva, aber doch die condictio gegen den bösgläubigen Besitzer im Auge hat. Denn diese Anwendungsformen der condictio sind vor Sabinus jedenfalls nicht bezeugt. Versteht man aber die Stelle in dem angedeuteten Sinne, so steht sie nicht im Widerspruche mit den Ergebnissen der bisherigen Untersuchung. Und wenn diese Ergebnisse einzelner, konkrete Thatbestände behandelnder Stellen nicht umgestofsen werden sollen, so mufs sie geradezu in diesem Sinne verstanden werden. Zu dieser Annahme führt schliefslich auch die Erwägung, dafs „schon die Formulierung: ex iniusta causa apud aliquem esse auf eine allgemeine Verwendung des Satzes hindeutet“[4] und die Annahme eines speciellen Thatbestandes ausschliefst, gerade für die Annahme solch allgemeiner Anwendbarkeit der condictio sine causa in vorsabinischer Zeit aber jeder Anhaltspunkt mangelt.

Ein anderer Ausweg, der allerdings den Schein der Willkür gegen sich hat, wäre damit gegeben, wenn man die Stelle zu jenen zählen wollte, in denen die Kompilatoren ein ursprünglich gestandenes repeti durch ihr beliebtes condici ersetzt haben. Dann stände nichts im Wege, dieses repetere von der jeweiligen Geschäftsklage zu verstehen, die bis nun die später von der condictio versehene Funktion der Rückforderung in den Fällen zu besorgen hatte, wo ex iniusta causa geleistet worden war. Mangels jeden Beweises

---

[1] l. 12 D. 7, 9.

[2] Vgl. Lenel, Paling. II. Ulpian 2591; dazu Pernice, Labeo III. S. 217 f.

[3] l. 6 § 5 D. 25, 2.

[4] Voigt, cond. S. 244.

für diese Konjunktur wird aber jedenfalls der zuerst gegebenen Auslegung der Vorzug gebühren, die sich aus der schillernden Bedeutung des probare zwanglos rechtfertigen läfst.

Mit dieser Stelle ist aber das positive Material erschöpft, das zum Aufbau der Lehre von der condictio in dieser Übergangszeit vom Legisaktionen- zum Formularprozesse verwertet werden kann. Im Vergleiche zu dieser dürftigen Grundlage gewinnen die Ausführungen Ciceros in seiner Rede für den Schauspieler Roscius um so mehr die Bedeutung einer vollkommenen und erschöpfenden Darstellung, zumal auch sonstige indirekte Nachrichten ihre Stichhaltigkeit nicht zu erschüttern vermögen. Denn wenn Voigt[1] den Ursprung der condictio indebiti mit der lex Falcidia in Verbindung bringen zu sollen glaubt, so vermag er diese Annahme nur damit zu begründen, dafs die lex Falcidia eine lex imperfecta nur unter der Voraussetzung sein konnte, dafs „durch solche Klage nun eine Rückforderung des gesetzlichen Übermafses des Legates, jedoch mit Ausschlufs des indebite gezahlten Damnationslegates auf ein certum, ermöglicht ward.“ Allein niemand wird solcher Hypothese mangels jeden positiven Anhaltspunktes besondern Beifall zollen können. Vielmehr legt der von Voigt[2] selbst betonte Umstand, dafs andere ähnlichen Zwecken dienende Gesetze eine Klage per manus iniectionem gewährten[3], die Vermutung nahe, dafs es auch hier nicht anders oder doch ähnlich sich verhielt. Andererseits gehen auch die Versuche, die unter die condictio fallenden Thatbestände nach Gruppen zu gliedern, nicht über den Beginn der Kaiserzeit hinaus[4]. Wenn Bekker[5] aus l. 52 D. 12, 6 schliefsen möchte, dafs schon Q. Mucius Einteilungen der Kondiktionen aufgestellt habe, so ist dem entgegenzuhalten,

[1] Cond. S. 232 f.
[2] l. c. S. 234 f.
[3] Gaius 4, 23.
[4] Pernice, Labeo III. S. 214.
[5] a. a. O. S. 106 und n. 23.

dafs Pomponius seinen 39 Büchern ad Q. Mucium allen Anzeichen nach nur die Ordnung, nicht den Text des ius civile von Q. Mucius zu Grunde gelegt und dafs man es daher in diesen Büchern zumeist mit selbständigen, von dem Lehrbuche des Q. Mucius unbeeinflufsten Lehren des Pomponius zu thun hat[1]. Mit Recht meint daher Pernice[2], dafs sich Bekkers Behauptung zwar nicht bestreiten lasse, dafs sie aber unwahrscheinlich sei, denn wie „sollten die Kondiktionenschemata den ‚Stempel der Unfertigkeit' so bestimmt tragen, wenn man schon so früh daran gearbeitet hätte." „Servius, Labeo, Sabin zeigen nichts davon, auch nicht Cicero für den Roscius. Will man den Q. Mucius hierher ziehen, so wäre ihm am ehesten noch das datum, stipulatum, expensilatum der Kondiktionenlehre zuzuschreiben." Es liegt daher nach keiner Richtung eine Veranlassung vor, von den Ergebnissen der überlieferten Quellen abzuweichen. Was in Ciceros Rede als Gegenstand der condictio bezeichnet wird, dies und nur dies konnte in damaliger Zeit zum Ziele eines mit condictio verfolgbaren Anspruches gemacht werden. Damit stimmt der Inhalt der übrigen überlieferten Quellen überein. Was über diesen engen Kreis hinauszugehen scheint, konnte damit zurückgewiesen werden, dafs es entweder als die Frucht mifsverständlicher Auffassung oder absichtlicher Textesverderbung durch die Kompilatoren zu bezeichnen war.

Fragen wir aber — und diese Frage mufs sich aufdrängen, wenn wir an zahlreichen Stellen die condictio überhaupt oder, wie sich noch zeigen wird, vorzüglich eine besondere Form der condictio geradezu gewaltsam eingefügt sehen[3] — welche Absicht denn Justinian und seine Gesetzgebungskommission mit dieser systematisch betriebenen Hervorhebung und Umgestaltung der condictio verbanden,

---

[1] Vgl. Krüger, Quellen S. 174 und n. 9 und 10.

[2] l. c. S. 214 n. 4.

[3] Vgl. vorläufig die bei Pernice, Labeo III. S. 205 n. 1 angeführten Beispiele.

so kann die Antwort nur die sein, dafs in der Verallgemeinerung der condictio und in ihrer Gleichstellung mit den übrigen Klagen die durch das Kaiserrecht vollzogene Umgestaltung des Prozefsrechtes ihren energischsten Ausdruck fand. Ein Verfahren, dem die Grundlagen des klassischen Prozesses, die Scheidung des Verfahrens in die gesonderten Abschnitte in iure und in iudicio, fremd waren, konnte keinen Raum mehr haben für eine besondere Klageart, deren Eigentümlichkeiten gerade in dieser Scheidung ihren Grund hatten. Mit dem Wegfall dieses Verfahrens mufste auch solche Klage ihren besonderen Charakter verlieren. Im Justinianischen Prozesse unterschied sich die condictio durch nichts mehr von jeder anderen Klage, daraus erklärt sich die besondere Vorliebe Justinians für diese Klage, der „nachzuhängen" ihn „keine lästigen Prozefsformeln mehr hinderten"[1]. Darum war er bestrebt, wo immer es anging, insbesondere aber überall dort, wo besondere Umstände vorlagen, die die Anwendbarkeit der condictio ursprünglich ausschlossen, diese nunmehr Anwendung finden zu lassen.

§ 7. Charakteristik der condictio der Übergangszeit.

Die Betrachtung der condictio in der Zeit, die durch das Nebeneinanderwirken von Legisaktionen- und Formularprozefs gekennzeichnet ist, hat ergeben, dafs die condictio damals thatsächlich auf die drei Fälle der pecunia adnumerata, stipulata und expensa lata beschränkt gewesen zu sein scheint. Der Wirkungskreis der condictio des Formularprozesses war daher im Verhältnisse zur legis actio per condictionem sogar beschränkter, falls diese auch die fiducia mit umfafst haben sollte. Denn die fiducia war im Formularprozesse mit einer selbständigen Formel ausgestaltet. Die genannten drei Fälle aber wiesen die gemeinsame Erscheinung auf, dafs sie sämtlich negotia stricti

[1] Pernice, l. c. S. 205.

iuris und auf dare oportere gerichtet waren. Überdies trafen sie auch hinsichtlich ihres Objektes zusammen, indem dieses in beiden Fällen ein certum sein mufste. Soweit es dieser Anforderung nicht entsprach, schied es aus dem Kreise der condictio aus. Als Beweis hierfür kann die actio ex stipulatu gelten, die aus der stipulatio incerta entspringt. Die gegenteilige Ansicht Savignys[1], dafs auch die actio ex stipulatu eine condictio gewesen sei, darf wohl nach Barons[2] Ausführungen als endgültig abgethan angesehen werden. Demnach mag der Hinweis auf die bekannte Institutionenstelle[3] genügen: .... ex qua duae proficiscuntur actiones: tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta ....

Konnte aber Cicero annehmen, dafs die Formel dare oportere in demselben Rechtsstreite die drei zulässigen Kondiktionsansprüche zugleich zu umfassen vermöge, so ist allerdings der Schlufs zwingend, dafs die Formel den Klagegrund, die causa nicht enthalten habe, abstrakt gewesen sein müsse. Diese vielfach vermutete, von Baron in feste Form gebrachte und auf sichere Grundlage gestellte Behauptung kann heute wohl trotz der Gegenausführungen von Bekker[4] und Buhl[5] als unerschütterliches Resultat der historischen Forschung angesehen werden[6]. Dagegen kann es ebensowenig mehr einem Zweifel unterliegen, dafs die weitgehenden Schlufsfolgerungen, die Baron aus der abstrakten Formel ziehen zu sollen vermeint, weit über das Ziel hinausschiefsen, wenn sie dazu nötigen, den durch die berüchtigte l. 9 D. de R.C. von Justinian geschaffenen Rechtszustand der allgemeinen Konkurrenzkondiktion schon für die klassische Zeit anzunehmen. Dem Nachweise dieses Irrtums

[1] System, V. S. 636 f.
[2] Abhandlungen, I S. 127 f.
[3] pr. I. 3, 15; vgl. l. 24 D. 12, 1.
[4] Sav.-Zeitschr. R.A. IV S. 95 ff.
[5] Krit. Vierteljahrschr. XXIV S. 224 ff.
[6] Lenel, E. P. S. 187 ff. und n. 7; Pernice, Labeo II S. 266 n. 19; III S. 212 n. 2.

ist zum Teile wenigstens auch die vorliegende Entwicklungsgeschichte der condictio gewidmet; und er ist gewissermafsen in dem Augenblicke erbracht, wo es feststeht, dafs die Formel der condictio zwar auch in dieser Zeit eine abstrakte gewesen, dafs aber die condictio damals trotzdem oder vielleicht gerade deshalb, weil eine Verwirrung des Rechtszustandes vermieden werden sollte, auf die genannten drei Fälle der Stipulation, des Litteralkontraktes und des Darlehens beschränkt gewesen sei, die sämtlich dem strengen Rechte angehörten und auf dare oportere eines certum gerichtet waren.

Ist dies aber richtig, so wird damit auch die von Baron[1] dieser Erscheinung unterschobene Erklärung hinfällig, wonach die condictio auf Grund dieser Eigentümlichkeit geeignet gewesen sei, jene Rechtsverhältnisse, die aufserhalb der Gesetze zur Entstehung gelangt auf keine legitima causa sich stützen konnten, mit der erforderlichen Klagbarkeit auszustatten. Denn abgesehen davon, dafs es für diese Annahme, wie bereits andern Ortes erwähnt wurde, an jedem Anhaltspunkte mangelt, sehen wir gerade die ältesten civilen Rechtsgeschäfte, deren Klagbarkeit von alters her feststand, den Grundstock der mit condictio verfolgbaren Ansprüche bilden. Gerade umgekehrt scheint daher der Umstand, dafs jedermann, daher auch der Prätor und der iudex sofort wissen mufsten, worum es sich nur handeln konnte, wenn mit der abstrakten Formel auf dare oportere geklagt wurde, den Prätor veranlafst zu haben, dieser Formel die denkbar kürzeste Gestalt zu verleihen, sie auf die einzige der Entscheidung des iudex unterworfene Frage zuzuspitzen.

Dagegen wird die Vermutung keinem Widerspruche begegnen, dafs diese Eigentümlichkeit der abstrakten Formel in der Folgezeit dazu benutzt wurde, die condictio auch auf andere als die genannten drei Fälle Anwendung finden zu lassen. Unbedingt zu verwerfen aber ist die von Baron gewählte Fassung dieses Gedankens, dafs der Prätor die

---

[1] Abh. I a. a. O. S. 4 f.

civile Formel durch den iudex auf klaglose Verhältnisse habe anwenden lassen, derselbe Prätor, der nur nach langem Zögern eine actio in factum für den einzelnen Fall, noch seltener eine neue Klage für ein solcher bisher entbehrendes Rechtsinstitut zu gewähren pflegte.

Aus denselben Gründen erscheint auch der zweite von Baron ins Treffen geführte Grund noch gewagter, mit dem er die abstrakte Formel rechtfertigen zu müssen glaubt, die doch als ein Produkt natürlicher Rechtsentwicklung einer Rechtfertigung überhaupt nicht bedarf. Er meint nämlich, der Vorteil einer abstrakten Formel sei auch in der Möglichkeit gelegen, einerseits die wissenschaftliche Zweifelhaftigkeit der causa zu umgehen, andrerseits die wirkliche Schwäche der causa zu verdecken. Denn gerade für die ursprünglichen Kondiktionsfälle trifft diese Vermutung in keiner Weise zu. Auch mochten derlei Erwägungen vielleicht die Recht oder vielmehr Unrecht suchende Partei leiten, sie konnten aber sicherlich nicht die Beweggründe sein, die einen römischen Prätor zur Gewährung einer Formel bestimmt hätten. Wenn sich freilich Baron zum Beweise hierfür auf zwei Stellen[1] beruft, wo der Jurist schwankt oder doch zu schwanken scheint, welche Klage, und ob insbesondere eine condictio im konkreten Falle zu gewähren sei, so kann aus solchen Zweifeln der Rechtstheorie für die damalige Zeit so wenig, wie dies heute anginge, ein unmittelbarer Schlufs auf das Verhalten des Gerichtsherrn gezogen werden. Wenn aber selbst ein solcher Schlufs zulässig wäre, bliebe doch noch immer die Frage offen, ob in der That die prozessuale Form oder ob nicht der materielle Anspruch es war, der zu den fraglichen Zweifeln Anlafs gab.

Ein weiterer Vorteil, den Baron in der abstrakten Formel erblickt, ist der, dafs sie die Möglichkeit bot, den im Streite verfangenen Anspruch auf mehrere causae zu stützen. Doch hält ihn schon Baron nicht für bedeutend,

[1] l. 11 § 6 D. 19, 1; l. 39 D. 45, 3.

und diese Bedeutung mufs noch beträchtlich für eine Zeit sinken, die nur drei solche Kausen kennt.

Einen letzten Vorteil, den die abstrakte Formel gewähren soll, sieht Baron endlich — und er befindet sich in dieser Beziehung in Übereinstimmung mit Bekker[1] — darin, dafs sich mit Hilfe der condictio auch ein einzelner Anspruch aus dem Komplex eines Rechtsverhältnisses herausgreifen liefs, ohne dafs die übrigen dadurch von der prozessualen Konsumtion miterfafst wurden. Allein auch dieser Vorteil kann der condictio wenigstens für die Zeit nicht zuerkannt werden, wo sich ihr Anwendungsgebiet auf die drei Fälle der strengen civilrechtlichen Verträge beschränkte. Denn diesen drei Fällen ist es von vornherein und allemal eigentümlich, dafs sie in dem einzigen Anspruche auf dare oportere eines certum sich erschöpfen.

Die condictio dieser Zeit stellt sich demnach als eine Rechtsfigur dar, die nicht als die Frucht künstlicher Konstruktionen zum Zwecke des Ausbaues des materiellen Rechtes, sondern als ein notwendiges und natürliches Produkt des Prozefsrechtes anzusehen ist, dazu bestimmt, der möglichst einfachen und raschen Durchführung jener Rechtsstreitigkeiten des täglichen Lebens zu dienen, die in dem Anspruche auf dare oportere eines certum sich erschöpften und daher von selbst die Bedachtnahme auf den speciellen Klagegrund, auf die causa des Rechtsverhältnisses, entbehrlich erscheinen liefsen.

Fragt man nun aber, ob die res oder das creditum, um die von Bekker in den Vordergrund gerückte Terminologie zu gebrauchen, das gemeinsame Band war, das die von der abstrakten Formel umspannten Ansprüche zusammenhielt, so lautet die Antwort darauf: keines von beiden; die Vermittlung bildete vielmehr das certum. Weder die res noch das creditum an sich sind geeignet, das gemeinsame Kriterium der Kondiktionsansprüche abzugeben, als solches kann vielmehr nur das certum gelten.

---

[1] Aktionen I S. 323.

Die res ist als Grundlage der condictio vornehmlich von Bekker angenommen und von ihm dahin formuliert worden, dafs sie aus der Verbindung zweier obligierender Momente resultiere, aus dem realen des Übergangs und aus dem konsensuellen der getroffenen Verabredung. Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer condictio aber soll überdies in der Regel das konsensuelle Moment gegenüber dem realen in den Hintergrund treten, ja es soll unter Umständen sogar „die res für sich allein ohne Hinzutritt des Willens zu obligieren“ imstande sein[1]. Wir sind der Notwendigkeit, diese Frage in dem vorliegenden Zusammenhange eingehender Prüfung zu unterziehen, dadurch überhoben, dafs Bekker selbst seinen Standpunkt erst als die Frucht allmählich fortschreitender Rechtstheorie und Praxis angesehen wissen will, ohne seine unbedingte Richtigkeit schon für die Zeit des mit der Legisaktion konkurrierenden Formularprozesses behaupten zu wollen.

Für diese Zeit aber ist die res als gemeinsames Band der Kondiktionsfälle jedenfalls nicht anzuerkennen[2]; denn die Stipulation, auf die sicherlich ein gut Teil der Kondiktionsansprüche entfiel, hat wohl mit Recht allezeit als das Symbol der verbindlichen Kraft des gesprochenen Wortes, als der Kardinalfall der vom realen Übergange vollständig absehenden, rein konsensuellen Verabredung gegolten. Vielleicht nicht ohne Absicht läfst daher Bekker die stipulatio überall dort gänzlich aufser Betracht, wo er die res als das in erster Linie, ja ausschliefslich mafsgebende Merkmal des der condictio erreichbaren Anspruches aufzuzeigen bemüht ist. Gerade die Stipulation aber kann nicht beiseite geschoben werden, wenn es sich darum handelt, die Gesamtcharakteristik der condictio für eine Zeit zu entwerfen, die neben der Stipulation nur mehr zwei weitere Anwendungsfälle der condictio kannte.

Soll dagegen das creditum als das charakteristische

---

[1] l. c. S. 114.

[2] Vgl. Pernice, Labeo I S. 419 f.

Merkmal der condictio jener Zeit angesehen werden, so spricht hierfür allerdings die auffallende Erscheinung, dafs die Darlegungen des Prätors über das creditum die Einleitung zu jenem Teile seines Albums bildeten, worin auch und zwar unmittelbar daran anschliefsend die Formel der condictio enthalten war. Allein auf der anderen Seite war der Umfang des creditum sicherlich ein weiterer als jener der condictio. Denn dafür, dafs auch depositum, commodatum und pignus ursprünglich der condictio unterworfen gewesen seien, fehlt es zumindest an jedem Anhaltspunkt[1]; wahrscheinlicher ist es dagegen, dafs ihre Anreihung an die condictio in ihrer vermutlichen Entstehung aus der mit der condictio verwandten fiducia ihren Grund hatte[2]. Die Annahme liegt deshalb nahe, dafs creditum und condictio nicht unter dem Bilde eines, sondern vielmehr unter dem zweier konzentrischer, wenn nicht gar sich schneidender Kreise vorzustellen sind, dafs das Anwendungsgebiet der condictio nur einen Teil des vom creditum beherrschten Gebietes darstellt.

Dies sowie die Worte Ulpians[3]: „nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generaliter praetor elegit“ lassen daher die Vermutung gerechtfertigt erscheinen, dafs der Prätor eben aus Mangel einer geeigneten erschöpfenden Bezeichnung für die in dieser Rubrik vereinigten Rechtsansprüche die allgemeinsten ihm zu Gebote stehenden Benennungen creditum und res gewählt habe.

Weder die res noch das creditum für sich allein genügten, um das Anwendungsgebiet der condictio befriedigend zu charakterisieren. Dies konnte nur durch beide zusammen geschehen; jedoch nicht in dem von Bekker angenommenen Sinne, dafs jeder Anwendungsfall der condictio beide

---

[1] Bekker, Aktionen I S. 113 f.
[2] Örtmann, fiducia S. 137 f.
[3] l. 1 § 1 i. f. D. 12, 1.

Kriterien in sich vereinigen mufste, sondern nur in dem Sinne, dafs bald die eine, bald das andere, mitunter auch beide zusammen Anlafs zu einer condictio werden konnten. Aber auch damit ist das Herrschaftsgebiet der condictio nicht vollkommen entsprechend gekennzeichnet, sondern dieser auf creditum oder auf res oder auf beiden zugleich beruhende Rechtsanspruch mufs — darum bildet das certum und nur das certum das einzige allen Kondiktionsfällen ausnahmslos eigentümliche Merkmal — auf ein certum gerichtet sein. Die auf ein incertum abzielende Stipulation ist eben darum, wiewohl ihr Anspruch aus einem creditum entspringt, nicht geeignet, Grundlage einer condictio zu sein.

War aber weder die res noch das creditum an sich Grundlage der condictio, so verlieren damit auch die verschiedenen Meinungen ihren sicheren Halt, die darüber bestehen, ob das Darlehen oder die Stipulation es war, von der aus die condictio in das System des Civilrechtes Eingang gefunden hat[1]. Savigny[2] geht bei seiner epochalen Untersuchung über das Wesen der condictio von dem Darlehen aus. Ihm folgt Unterholzner[3]. Zuletzt hat Baron[4] die condictio von dem Darlehen ihren Ausgang nehmen lassen. Andrerseits läfst sich nicht leugnen, dafs, abgesehen von allem Quellenbeweise, die Analogie zwischen der abstrakten Struktur des Verbalvertrages und der unkausalen Kondiktionenformel der Annahme nicht abhold macht, in der Stipulation den Ausgangspunkt der condictio zu erblicken[5]. Allein die Untersuchung dieser Frage kann schwerlich zu sicheren Ergebnissen führen, sie kann aber in diesem Zusammenhange schon deshalb unterlassen werden, weil ihre Resultate, mögen sie nun diese oder jene Anschauung als richtig erweisen, in keinem Falle etwas zu

---

[1] Vgl. Bekker, Aktionen I S. 112 n. 1.

[2] System V. S. 512 f.

[3] Z. für gesch. R.W. S. 255 f.

[4] Sav.-Zeitschr. R.A. I S. 134.

[5] Vgl. Voigt, cond. S. 258; Pernice, Labeo III S. 220, 227 und n. 5.

ändern vermöchten an der Auffassung der condictio als der abstrakten strengen Klage auf dare oportere eines certum. Denn diese Momente muſsten der Klage aus dem Darlehen sämtlich ebenso innewohnen, wie der aus dem Verbalvertrage.

Die letzte Frage endlich, die in diesem Zusammenhange aufgeworfen werden muſs, ist die nach dem technischen Namen der condictio in dieser Zeit. Daſs es die Bezeichnung condictio jedenfalls nicht war, ist eine der unbestreitbaren Erkenntnisse aus Ciceros Rede[1], ist aber auch aus dem übrigen Quellenmateriale ersichtlich, dem die Kompilatoren gerade in diesem Punkte das unverkennbare Merkmal ihrer willkürlichen Textesbehandlung aufgedrückt haben. Damit richtet sich aber die von Baron[2] gewählte Bezeichnung: condictio certae creditae pecuniae von selbst. Allein auch die von Gaius wiederholt[3] gebrauchte Bezeichnung actio certae creditae pecuniae, die zweifelsohne als Bezeichnung der auf certa pecunia gerichteten condictio Gemeingut der klassischen Rechtswissenschaft war[4], erschöpft weder den Gegenstand der condictio, da sie die alia certa res nicht deutlich und unbedingt mitumfaſst, noch scheint sie auch nur für die certa pecunia der Gerichtssprache angehört zu haben. Es verdient jedenfalls hervorgehoben zu werden, daſs die Formel keinen auf solche Bezeichnung hindeutenden Zusatz enthält, und daſs Cicero in seiner Rede regelmäſsig[5] nur von certa pecunia spricht. Diese von der Theorie angeeignete Art der Bezeichnung scheint daher lediglich darin ihren Grund zu haben, daſs der Prätor in seinem Album der Formel si certum petetur einen Titel de rebus creditis vorausgehen lieſs, und daſs man die aus diesen beiden Momenten resultierende eine Klage mit einem der

---

[1] Vgl. Pernice, Labeo I S. 420; Bekker, Aktionen I S. 106.

[2] Sav.-Zeitschr. R.A. I S. 130, 131.

[3] 4, 50; 4, 13; 4, 171.

[4] Vgl. Lenel, E. P. S. 186 und die dort n. 1 citierten Stellen; Pernice, Labeo III S. 202, 212 und n. 3.

[5] §§ 13, 14.

Duplicität der Quelle gerecht werdenden gemeinsamen Namen bezeichnen wollte. Der Prätor selbst scheint dagegen die Klage nur unter dem Titel „si certum petetur" kundgemacht zu haben[1], ohne sie mit einem bestimmten Namen zu belegen, offenbar darum, weil sie, abweichend von den übrigen im Album enthaltenen Klagen, nicht mit dem Thatbestande eines bestimmten Rechtsgeschäftes zusammenfiel, sondern deren mehrere umfaſste. Die Klage war in der Gerichtssprache gewissermaſsen eine unbenannte und auch schon darum geeignet, ihr Anwendungsgebiet in der Folge zu erweitern.

Jedenfalls aber bildet die Gestalt der condictio, die sich in allen ihren Sonderheiten, hinsichtlich der Beschränkung auf ein certum sowohl wie hinsichtlich der abstrakten Formel, anscheinend mit jener der legis actio per condictionem deckt, einen Beweis mehr für die Vermutung, daſs auch diese wie jene auf das Gebiet des strictum ius beschränkt gewesen sei.

Die verschiedenen Formen der späteren sogenannten condictiones sine causa also waren dieser Zeit fremd. Ihre Zwecke konnten und muſsten damals mit der jeweiligen Geschäftsklage erreicht werden. Wo diese versagte oder zu versagen drohte, griff die fiducia in mannigfaltigster Gestalt ein. Eine Ausnahme fand nur gegen Ende dieser Zeitperiode bei Zahlung einer Nichtschuld statt, indem hier zuerst die condictio sine causa in Gestalt der condictio indebiti sich Geltung verschaffte. Daſs aber die condictiones sine causa gerade vom indebitum ihren Ausgang nahmen, ist leicht verständlich. Denn die Zahlung neigte vor allem zur Formlosigkeit und muſste deshalb in erster Linie der in anderen Fällen vom Civilrechte gewährten Schutzmittel entraten. Es ist aber auch darum begreiflich, weil gerade das indebitum den Bedingungen der Kondiktionenformel am vollkommensten entspricht. Begründet es doch einen Anspruch auf Rückgabe einer bestimmten Summe Geldes,

---

[1] Vgl. Lenel, E. P. S. 184 n. 3.

auf dare oportere eines certum. Endlich mufste die Kondiktionenformel für das indebitum besonders geeignet erachtet werden, weil die indebiti solutio aus den verschiedenartigsten Rechtsgründen erfolgt sein konnte, und daher nur die abstrakte Formel der condictio der Mühe und Notwendigkeit überhob, die Rückforderungsklage von Fall zu Fall neuerdings zu formulieren. Gerade der Umstand, dafs diese sinngemäfse Entwicklung aus dem vorhandenen Quellenmateriale sich in ungezwungener Weise ergiebt, spricht mehr als alles andere für die Zuverlässigkeit der hier gewonnenen Resultate. Der Einwand aber, dafs die verhältnismäfsig späte Entwicklung der condictio indebiti, insbesondere aber der übrigen condictiones sine causa als unwahrscheinlich gelten müsse, ist leicht abzuthun. Denn ihr Mangel wurde zum Teil weniger schmerzlich empfunden, weil das Civilrecht in anderer Weise Abhilfe gewährte. Auch ist es von einem anderen Standpunkte aus betrachtet nicht einzusehen, warum der leichtsinnige Zahler besser gestellt sein soll als der redliche Besitzer, der seines Anspruches verlustig geht, wenn er es verabsäumt hat, sein Retentionsrecht geltend zu machen[1].

Überhaupt aber äufsert sich die Entwicklung der condictio, die für diese Zeit durch die Gewährung der condictio indebiti gekennzeichnet ist, im grofsen und ganzen, wie schon aus dieser Neubildung erkannt werden kann, weniger in der Neuschaffung von Rechtsmitteln für bisher grundsätzlich klaglos gelassene Ansprüche, als vielmehr in einer Verschiebung der Rechtsmittel. Es werden nämlich nunmehr regelmäfsig Ansprüche mit condictio verfolgbar, die bisher durch die jeweilige Geschäftsklage geschützt waren[2] oder, um des Rechtsschutzes teilhaftig zu werden, in das Gewand der fiducia gekleidet werden mufsten.

---

[1] Vgl. Pfersche, Bereicherungskl. S. 19, 49.

[2] Vgl. Pernice, Labeo III S. 230 f.

Die Zeit des obligatorischen Formularprozesses.

§ 8. Gaius, Nerva, Sabinus, Cassius und Proculus.

Während die condictio der soeben behandelten Zeitperiode, den einzigen Fall der condictio indebiti ausgenommen, in denselben Bahnen sich bewegte, die sie schon zur Zeit der legis actio beschrieben hatte, macht sie in dem allerdings langen Zeitraume, der Labeos Tage von denen Justinians trennt, nicht unwesentliche Wandlungen durch. Im grofsen und ganzen fällt nunmehr eine durchgreifende Ausdehnung ihres Anwendungsgebietes in die Augen. Im einzelnen aber nehmen neben anderen bemerkenswerten Erscheinungen insbesondere die condictio incerti, die Konkurrenz der condictio mit anderen Klagen und im engen Anschlusse daran die sogenannte condictio generalis die Aufmerksamkeit in Anspruch, eine Reihe von Fragen, die manche andere nicht minder wichtige Punkte wie das Reurecht u. a. m. nach Entscheidung in einer bestimmten Richtung hindrängen.

Wendet man nun, um in all diese Fragen die notwendige Klarheit zu bringen, sein Augenmerk den Quellen zu, und hält man Umschau nach einem festen Punkte, der sicheren Halt für solche Untersuchung gewährt, so wird sich ein solcher am geeignetsten hierzu zeigen, der aufserhalb der in diesen Fragen mehr denn sonst interpolationsverdächtigen Digesten gelegen ist; ein solcher ist nun für diese Zeit in den Institutionen von Gaius gegeben. Sieht man jedoch von dem für die legis actio per condictionem bereits verwerteten, aus Gaius' Institutionen zu Gebote stehenden Materiale ab, so bleibt allerdings nur mehr weniges übrig, das sich für die condictio unmittelbar daraus heranziehen läfst. Allein auch dies kann vielleicht genügen, um einiges Licht über diese Lehre zu verbreiten.

Zunächst nun giebt Gaius eine Definition der condictio mit den Worten[1]: Appellantur ..... in personam vero

[1] 4, 5; vgl. § 15 I. 4, 6.

actiones quibus dari fierive oportere intendimus condictiones ..... Eine erstaunliche Definition, wenn wir von solcher condictio im Gegensatze zu deren uns bisher bekanntem Wirkungskreise einmal das fieri umfafst und dann das certum ausgeschlossen, somit ihr Anwendungsgebiet ins Unbegrenzte sich ausdehnen sehen. Nicht zu verwundern ist es daher, dafs sie von Baron[1] als dem Vertreter der generellen, allumfassenden condictio vollinhaltlich angenommen wird, um so unbegreiflicher dagegen, dafs diesem die fast identische Definition Ulpians[2] unzuverlässig scheint[3]. Denn ein Anhaltspunkt für die Annahme, dafs „sie von den Kompilatoren stark umgeändert worden ist"[4], liegt nicht vor, und im Grunde genommen schliefst die von Gaius gewählte Definition die bonae fidei iudicia so wenig aus wie die Ulpians und umfafst, „nähme man das dari fierive genau", die eine die sogenannte condictio certi so wenig wie die andere[5]. Wahrscheinlicher scheint daher die Vermutung, dafs Gaius sowohl wie Ulpian ihre im grofsen und ganzen übereinstimmenden Definitionen dem Werke ein und desselben alten Juristen entnahmen[6], vielleicht desselben Juristen, auf den, wie Savigny[7] annimmt, auch manche Stellen der Justinianischen Kompilation zurückgehen. Dieser aber, dessen Wirken vielleicht in die Zeit legis actio fiel, konnte mit Fug und Recht jede dingliche Klage vindicatio, jede persönliche Klage condictio nennen. Denn diese Einteilung war wenigstens im grofsen und ganzen zutreffend, so lange der Prozefs noch aus-

---

[1] Abh. I S. 237 ff.

[2] l. 25 pr. D. 44, 7.

[3] l. c. S. 238 f.

[4] Savigny, System V. S. 593.

[5] Vgl. Pernice, Labeo III S. 202 n. 1; Bekker, Sav.-Z. R.A. IV S. 97; Aktionen I S. 142 f.; Wlassak, Prozefsgesetze I S. 82 ff.

[6] Mitteis, Dogm. Jahrb. XXXIX S. 168 f.; vgl. Bremer, Rechtslehrer, S. 88; Kalb, Roms Juristen, S. 77; Grupe, Sav.-Z. R.A. XX S. 90 ff.

[7] System, V S. 12 n. a.

schliefslich unter der Herrschaft der Spruchformel stand und weder bonae fidei iudicia noch andere prätorische Klagen kannte[1]. Gaius und Ulpian trafen dann vermutlich nur die Änderung, dafs sie in diese Definition die Formelworte „quibus dari fierive oportet“ einfügten, wodurch zwar das Gebiet der condictio gegenüber dem der übrigen persönlichen Klage einigermafsen abgegrenzt, trotzdem aber eine vollkommen zutreffende Bestimmung der condictio bei weitem nicht erreicht war. Diese Annahme wird um so glaubwürdiger, als sie mit jener anderen, schon erwähnten sich im Einklange befindet, dafs die Institutionen des Gaius nicht als dessen originelles Geistesprodukt, sondern als Frucht seiner Lektüre und Lehrthätigkeit anzusehen sind[2], und als sie nicht dazu zwingt, mit Bekker[3] einen weiteren und engeren Begriff der condictio anzunehmen. Sie legt vielmehr nur Zeugnis dafür ab, dafs die Bedeutung des Kunstausdruckes condictio den Römern nicht zu klarem Bewufstsein kam; sie läfst es auch begründet erscheinen, wenn der condictio Justinians, die in seinen Gesetzbüchern an allen möglichen und unmöglichen Orten hervortritt, mit einigem Mifstrauen begegnet wird. Denn unter dem Gewande dieser condictio kann sich, nachdem einmal die allumfassende Definition Ulpians von Justinian recipiert ist, bald diese bald jene specielle persönliche Klage verbergen. Diese Erkenntnis aber ist zugleich die einzige, die sich aus der Gaianisch-Ulpianischen Definition von der condictio gewinnen läfst. In die damalige Gestaltung der condictio vermag sie wegen ihrer offenkundigen Ungenauigkeit kein Licht zu bringen.

Von der rein prozessualen Seite der condictio handelt Gaius aber aufserdem nur noch an einer einzigen Stelle[4], wo er sagt: nulla autem formula ad condictionis fictionem

---

[1] Mitteis, l. c. S. 169.

[2] Siehe oben S. 140 n. 6 und Dernburg, Die Institutionen des Gaius, S. 33 f.; Bremer, Die Rechtslehrer, S. 63 ff.

[3] Aktionen I S. 135 f.

[4] 4, 33.

exprimitur; sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus condictionis fictionem....

Die unmittelbar vorangehenden Ausführungen sind verloren gegangen; was Wunder daher, dafs Streit darüber herrscht, ob diese Eigentümlichkeit der condictio allein angehaftet habe, oder ob sie solche mit den übrigen Legisaktionen geteilt und nur die legis actio per pignoris capionem, von der dies ausdrücklich berichtet wird, eine Fiktion zugelassen habe[1]. Diese von Demelius[2] verfochtene Anschauung, dafs die pignoris capio auch in dieser Richtung eine Sonderstellung eingenommen habe, hat wenig Anklang gefunden[3]. Baron[4] benutzt daher die gegenteilige Meinung mit Geschick zur Unterstützung seiner Behauptung, dafs schon die Formel der legis actio per condictionem eine abstrakte gewesen sei, indem er ausführt: „die Fiktion geschieht zum Zweck der Gleichstellung des einen Verhältnisses mit einem anderen..... Abstrakte Ansprüche aber kann man nicht vergleichen noch gleichstellen, denn ihr Gepräge ist ein völlig gleiches, und es giebt daher bei ihnen nichts auszugleichen, ... denn die Gleichheit ist bereits vorhanden.“ Wenn daher die Unzulässigkeit oder Unmöglichkeit der Fiktion gerade bei der condictio hervorgehoben werde, so führe dies von selbst „auf die Natur der legis actio per condictionem als die abstrakte Form der Legisaktionen zurück“.

Diese Schlufsfolgerung mufs unter den bereits andern Ortes gemachten Einschränkungen als zutreffend bezeichnet werden, mag man nun die Möglichkeit der Fiktion für alle übrigen Legisaktionen oder nur für die pignoris capio einräumen. Denn in beiden Fällen kann der Grund ihrer Verweigerung bei der condictio der von Baron ausgeklügelte

[1] Vgl. Muther, Zur Lehre von der röm. Actio, S. 74; Keller Civilpr. § 25 n. 248 u. 311; Rudorff, Röm. R.G. I S. 105, II § 30.

[2] Rechtsfiktion S. 50 ff., 55, 56.

[3] Vgl. Krüger, Konsumtion, § 3 n. 5.

[4] Abh. I a. a. O. S. 217.

sein, in dem einen Falle nur mit gröfserer Wahrscheinlichkeit als in dem anderen. Allein die Stelle scheint noch ein anderes Ergebnis zu zeitigen. Sie giebt nämlich die Formel der condictio in einer von der früheren Definition der condictio wesentlich abweichenden Form wieder, indem sie als den Inhalt ihrer Intentio das dare oportere einer pecunia oder alia res certa bezeichnet, womit die Formularcondictio als eine ihrer Form und ihrem Inhalte nach mit der legis actio per condictionem identische Klage ausdrücklich charakterisiert, das in der früheren Definition auffällige fieri eliminiert und das certum in die ihm gebührende Stelle eingesetzt ist. Nicht in jener anderen, mehr oder weniger gedankenlos übernommenen Definition, sondern in dieser mit aller nur wünschenswerten Schärfe wiedergegebenen Charakteristik ist daher der Gaianische Begriff der condictio im eigentlichen Sinne zu suchen. Endlich aber könnte der Umstand, dafs ad condictionis fictionem keine Formel gegeben wurde, auch zum Beweise dafür herangezogen werden, dafs die legis actio per condictionem bereits die Besonderheit der Geldkondemnation aufgewiesen habe. Denn in diesem Falle machte vielleicht[1] die Vereinbarung, sich an Stelle des Streitgegenstandes mit einer bestimmten Summe Geldes zu begnügen, einen wesentlichen Punkt der Parteivereinbarung, der condictio aus. Dieser condictio aber bedurfte es nicht mehr, sobald einmal die Geldkondemnation im Formularprozesse zum gemeinsamen Merkmale jeder Verurteilung geworden war. Damit aber verlor auch die fictio solcher condictio von vornherein jede Bedeutung, denn nunmehr bedurfte es in keinem Falle mehr einer Parteivereinbarung (condictio) noch auch der Fiktion solcher condictio, um die Verurteilung sofort in Geld ausgesprochen zu erlangen. Auch in diesem Sinne kann es verstanden werden, wenn Gaius meint, ... intelligimus eas formulas ... sua vi ac potestate valere.

Das Anwendungsgebiet der condictio aber weist bei

---

[1] Siehe oben S. 41.

Gaius eine unbezweifelbare Ausdehnung in der Richtung auf, dafs er nicht nur die condictio indebiti sondern auch die condictio furtiva ausdrücklich erwähnt. Durch Gaius' Bericht[1] ist nicht nur das Dasein der condictio furtiva zu seiner Zeit aufser allen Zweifel gestellt, sondern es ergiebt sich daraus auch unausweichlich, dafs ihr Übergang in das Civilrecht oder vielmehr die Ausdehnung der condictio auf diesen Thatbestand sich schon längere Zeit vorher vollzogen haben mufs. Bemerkenswert ist überdies, dafs Gaius sie nicht nur gegen den Dieb sondern auch gegen einige andere possessores gewährt. Wer diese seien, deutet er an einer anderen Stelle[2] an, wo er von der Einteilung der Klagen in solche spricht, die rem tantum oder poenam tantum oder endlich rem et poenam verfolgen. Danach sind darunter der Räuber und vielleicht auch der qui iniuriam fecit zu verstehen. Dazu stimmt es ja auch, wenn in den Digesten gegen den Räuber die condictio eingeräumt wird[3]. Es kann jedoch daraus nicht etwa geschlossen werden, dafs Gaius damit die sogenannte condictio possessionis anerkennen wollte, denn diese wird als eine Spielart der sogenannten condictio incerti gedacht, während die von Gaius gegen einige possessores gewährte condictio der condictio furtiva nachgebildet ist, die zwar im Grunde genommen auch nur die Rückgabe der possessio bezielt, aber thatsächlich auf rem ipsam, also auf certa res gerichtet wird.

An dieser und an einer zweiten Stelle[4] bringt Gaius auch die condictio mit der Vindikation in Verbindung, in beiden Fällen aber — dies mufs hervorgehoben werden — läfst er die condictio nicht, wie eine seit Savigny beliebt gewordene Ausdrucksweise will, als Ersatz der Vindikation auftreten, sondern stellt sie nur in Gestalt der ausnahmsweise mit der Eigentumsklage konkurrierenden condictio furtiva neben diese. Zu erklären vermag Gaius bekannt-

[1] 4, 4.
[2] 4, 8.
[3] l. 2 § 26 D. 47, 8 u. a. m.
[4] 2, 79.

lich diese absonderliche Funktion der condictio nicht; im Gegenteile ist er sich des Widersinnes einer Klage des Eigentümers auf dare seiner eigenen Sache wohl bewufst. Wie es aber kam, dafs gerade Gaius zur Einsicht dieses Widerspruches gelangte, in einer Zeit, wo man allgemein in solcher Klage nichts Anstöfsiges zu finden schien, wurde bereits andern Ortes mit dem Hinweise darauf zu erklären versucht, dafs Gaius nach einem alten Handbuche arbeitete, worin die formelle Bedeutung des dare noch klar zum Ausdrucke kam.

Zum Verständnisse der condictio furtiva nach dieser Richtung vermögen die Ausführungen von Gaius daher nichts beizutragen. Wir sind vielmehr lediglich auf Vermutungen angewiesen, zumal wir auch sonst zu ihrer Erklärung nur den Hinweis darauf finden, dafs sie odio furum eingeführt sei[1]. Nun wurde aber die Ausdeutung der condictio furtiva auf einen ihr zu Grunde liegenden Quasikontrakt[2] bereits damit zurückgewiesen, dafs „nicht der Quasikontrakt die identische Klage, sondern" gerade umgekehrt „die identische Klage die Anschauung vom Quasikontrakt" erzeugt habe[3]. Ebensowenig Anklang kann jene Auslegung finden, die in der condictio furtiva eine Deliktsklage finden will[4]; denn einmal lehnt Gaius den Deliktscharakter für die condictio offenbar damit ab, dafs er von ihr sagt[5]: ipsius rei condictio nobis competit, womit er sie in geraden Gegensatz zur poenalen actio furti stellt, und dann vermag diese Auffassung so wenig wie die andere zu erklären, warum hier ausnahmsweise ein Anspruch auf dare oportere für den Eigentümer selbst zuständig sein soll.

Auch das geht nicht an, die condictio furtiva mit den sogenannten condictiones sine causa ohne weiteres auf eine Linie zu stellen, und „Grund und Bedingung" auch

---

[1] § 14 I. 4, 6.
[2] Savigny, System, V S. 519 ff.
[3] Baron, Abh. I. S. 39.
[4] Witte, Bereicherungsklage, S. 322 ff.
[5] Gaius 4, 8.

der „condictio furtiva“ in der „mit der Entstehung einer Obligation verknüpften Bereicherung des gegenwärtigen Schuldners aus dem Vermögen des Gläubigers, welche jetzt wieder rückgängig gemacht werden soll“[1], zu erblicken. Denn gerade die condictio furtiva sieht von dem Momente der Bereicherung zweifelsohne vollkommen ab und richtet sich gegen den rechtmäfsig Beklagten ohne Rücksicht darauf, ob die res noch vorhanden ist oder nicht, ob sie noch zur Gänze vorhanden ist oder nur noch zu einem Bruchteile[2].

Als wenig glücklich mufs endlich auch jene Auffassung bezeichnet werden, die dem Charakter der condictio furtiva damit gerecht zu werden glaubt, dafs sie ihr Wesen in einem eigentümlichen Doppelcharakter gelegen sieht, dahin gehend, dafs die condictio furtiva einen Deliktsanspruch im Gewande eines Anspruchs auf ungerechtfertigte Bereicherung darstelle[3]. Denn diese Anschauung vereinigt die beiden so eben hervorgehobenen Fehler in sich, in der condictio furtiva einen deliktischen oder einen Bereicherungsanspruch zu sehen. Dem gegenüber fragt daher Baron mit Recht: wie man dazu kam, „von vornherein den Deliktsanspruch mit einer condictio verfolgen zu lassen“[4].

So bleibt denn nichts anderes übrig, als der condictio furtiva den Charakter der Anomalie, der ihr schon von den römischen Juristen selbst zugesprochen wurde, thatsächlich zu belassen. Ob diese dagegen mit der Annahme der abstrakten Formel und der daraus sich ergebenden Möglichkeit, dafs der Prätor solche für Thatbestände gewähren konnte, auf die sie nach dem strengen Rechte nicht passen und nur durch die Nachsicht des iudex angewandt werden konnte, befriedigend erklärt scheint[5], ist eine andere wohl zu verneinende Frage[6]. Denn es ist nicht wahrscheinlich,

---

[1] Savigny, V S. 564.
[2] l. 3 i. f.; l. 7 pr. § 2 D. 13, 1 u. a. m.
[3] Windscheid, II § 425 n. 4, § 359 n. 14.
[4] Abhandlungen I S. 74.
[5] Baron, Abh. I S. 29 ff.
[6] Vgl. Buhl, Krit. Vierteljahrschr. S. 227 f.

dafs ein Rechtsschutzmittel von derart weittragender Bedeutung, wie es die condictio gerade um ihrer abstrakten Formel willen war, rein zufällig sich entwickelt haben und der Nachsicht des Geschworenen anheimgestellt gewesen sein soll. Begründeter scheint jedenfalls die Annahme, dafs der Prätor die condictio furtiva mit vollem Bewufstsein gewährt habe zu einer Zeit, wo die streng formelle Bedeutung des dare schon abhanden gekommen und wo, wie die ganz exceptionelle Natur der condictio furtiva wenigstens vermuten läfst, das Anwendungsgebiet der condictio bereits auch nach anderer Richtung eine Ausdehnung gegenüber der früheren Zeit erfahren hatte. Die condictio furtiva war schwerlich der erste Fall einer ausgedehnteren Anwendung der condictio. Die condictio indebiti Labeos wenigstens scheint ihr vorausgegangen zu sein. Diese ungefähre Zeitbestimmung mag vorerst genügen.

Fragen wir aber nach dem gesetzgeberischen Motive für diesen Anwendungsfall der condictio, so erscheint als solches allerdings odium furum in dem Sinne, dafs neben der Strafhaftung dadurch eine Verschärfung der Sachhaftung erzielt werden sollte. Die condictio in der Hand des Eigentümers war vielleicht zunächst auf den Fall berechnet, wo die Eigentumsklage durch Untergang der Sache hinfällig geworden war. In solchem Falle aber versagten regelmäfsig auch die übrigen Eigentums- und Besitzschutzmittel. Es scheint daher durchaus nicht unwahrscheinlich, dafs die condictio des Eigentümers von diesem Ausgangspunkte aus ihren Einzug in das Civilrecht gehalten habe, wiewohl bereits Publiciana actio und die Interdikte dem Eigentümer zu Gebote standen[1]. Denn die condictio furtiva hatte vor der dinglichen Klage allemal mehrere Deliktsmomente, insbesondere die Kasus- und Solidarhaftung voraus[2]. Auch wird diese Vermutung einigermafsen durch Gaius' Worte unterstützt: extinctae res, licet vindicari non possint, condici

[1] A. M. Pernice, Labeo III S. 233.
[2] Vgl. Baron, Abh. I S. 257.

tamen furibus possunt[1]. Von diesem Ausgangspunkte schritt die Entwicklung vermutlich mit der zunehmenden Verdunkelung der technischen Bedeutung des dare oportere zu einer ausgedehnteren Anwendung der condictio vor, zumal sie neben der strengeren Haftung auch den Vorteil schleunigerer Durchführung bot.

Soviel von der condictio furtiva bei Gaius. Die condictio indebiti anlangend ist es von Interesse, dafs sie Gaius als Klage aus einer rei obligatio konstruiert nach dem Muster des Darlehens, ac si mutuum[2], und dafs er aus dieser Analogie allsogleich die Nutzanwendung zieht, indem er die Frage nach der Haftung der Pupillen und Frauen aus einer sine tutoris auctoritate empfangenen Nichtschuld ebenso entschieden wissen will, wie sie für das Darlehen regelmäfsig beantwortet wird[3]. Wenn er daran die scherzhafte Bemerkung knüpft, man könne die aus der Zahlung einer Nichtschuld entspringende Obligation eigentlich nicht als einen contractus bezeichnen, da sie eher darauf ausgehe, negotium distrahere[4], so kann hierin vielleicht wieder eine eigene Randbemerkung des Gaius zu einem im übrigen übernommenen Lehrsatze liegen. Als solche beweist sie nur, dafs Gaius selbst zwar hinsichtlich der Konstruktion des indebitum einer anderen Anschauung huldigte, dafs aber seinerzeit jedenfalls die condictio indebiti nur damit gerechtfertigt werden konnte, dafs man das indebitum unter die Rechtsfigur des mutuum zwängte, um, wie Gaius selbst sich in der Parallelstelle seiner „aurea“ ausdrückt[5], sagen zu können: eadem actione tenetur qua debitores creditoribus.

Mit dieser und mit einer anderen Stelle[6], wo der in-

---

1 Inst. 2, 79.

2 3, 91.

3 2, 82—84.

4 Vgl. Pernice, Labeo III S. 246.

5 l. 5 § 3 D. 44, 7. Vgl. dazu auch Bekker, Aktionen, I S. 115 n. 13.

6 2, 283.

debiti repetitio kurz gedacht wird, ist das den Institutionen des Gaius zu entnehmende Material für die Kondiktionenlehre erschöpft. Es zeigt uns die condictio aufser in der Form der condictio indebiti, die bereits in der vorausgehenden Epoche Eingang gefunden hatte, auch noch in der Verwendung als condictio furtiva. Doch auch diese scheint für Gaius nichts Neues, sie mufs schon in der Zwischenzeit entstanden sein. Allein sie will Gaius nicht in sein System taugen, sie gilt ihm als Anomalie, die sie wohl allezeit gewesen und geblieben ist, wie ihr enges Anwendungsgebiet beweist, das sie in klassischer Zeit niemals über den dominus auf der einen und den fur (und einige andere possessores) auf der anderen Seite hinausgreifen liefs. Die condictio indebiti bringt Gaius unter die Rechtsfigur des mutuum, oder sein Bericht läfst doch wenigstens vermuten, dafs sie anfänglich dieser Auffassung unterworfen war, weil man sie den drei klassischen Kondiktionsfällen anzuschmiegen bestrebt sein mufste. Die übrigen Fälle der sogenannten condictiones sine causa haben in dem Lehrbuche von Gaius keinen Raum gefunden.

Mit diesem Standpunkte befinden sich auch seine sonstigen, aus den Digesten uns bekannten Ausführungen im Einklange; denn auch diese lassen sich im grofsen und ganzen auf die beiden Erscheinungen der condictio furtiva und der condictio indebiti zurückführen. Was die Fälle der ersteren Art, die der condictio furtiva anbelangt, so bieten diese wenig des Interessanten. Die einzige Bemerkung, zu der sie[1] vielleicht Anlafs geben können, ist die, dafs die condictio furtiva hier überall als etwas Hergebrachtes, nicht als eine Neuerung auftritt. Aufserdem kann auch noch auffallen, dafs der condictio furtiva regelmäfsig die Vindikation an die Seite gestellt ist. Daraus läfst sich etwa schliefsen, dafs Gaius von der besonderen Aufgabe dieser Erscheinungsform der condictio, gewissermafsen eine verschärfte Vindikation abzugeben, erfüllt war, dafern man

[1] l. 35 § 4 D. 18, 1; l. 25 § 8 D. 19, 2; l. 55, § 3 D. 47, 2.

nicht gar wenigstens bei der einen oder anderen dieser Stellen in die Ursprünglichkeit des Textes und der jeweils erwähnten condictio insbesondere Zweifel zu setzen geneigt ist.

Etwas, wenn auch nicht viel mehr Einblick gewähren die wenigen von Gaius überlieferten Digestenstellen in dessen Auffassung von der condictio indebiti. Zunächst ist hinzuweisen auf das schon erwähnte Citat aus Gaius' „Goldenen Worten". Dort ist die Analogie der Darlehensklage und der condictio indebiti fast mit denselben Worten, vielleicht nur um eine Schattierung schärfer hervorgehoben wie in den Institutionen. Diese Auffassung hat ja in erster Linie Anstofs gegeben zu der Ausbildung der Lehre vom Quasikontrakte für den Kondiktionenthatbestand. Allein richtiger scheint es, die condictio sine causa des Gaius unter den Begriff der Negotienklage zu bringen. Er läfst die condictio nur dort Platz greifen, wo ein Geschäft, sei es nun von Anfang an oder erst in einem späteren Zeitpunkte, rechtsunwirksam ist, und infolgedessen die Rückforderung der auf Grund solches Geschäftes erfolgten Leistung gerechtfertigt scheint. Der Grund solcher Rechtsunwirksamkeit kann bald in einem der Person der Vertragschliefsenden anhaftenden Mangel bald in anderen Umständen gelegen sein, die der Rechtsgültigkeit des beabsichtigten Geschäftes entgegenstehen. Die condictio indebiti versieht bei Gaius die Funktion einer Rückforderungsklage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte. Diese Aufgabe fiel in der früheren Periode nach Lage des Falles entweder der jeweiligen Kontraktsklage oder dem aus der fiduciarischen Nebenabrede entspringenden Rechtsmittel zu. In solchen und nur in solchen Fällen gewährt Gaius bald die condictio ausdrücklich[1], bald überhaupt die repetitio[2]. Doch ist auch unter der letzteren bei ihm zumeist die condictio zu verstehen. Dafs die condictio sine

---

[1] l. 39 D. 45, 3.

[2] l. 25 D. 4, 4; l. 17 D. 5, 3; l. 4 D. 3, 6.

causa aber dazu bestimmt gewesen sein soll, einen Ersatz der Vindikation zu bilden, dafür bieten seine Äufserungen auch nicht den leisesten Anhalt. Gaius verweigert die condictio vielmehr nur aus dem Grunde, weil das im einzelnen Falle als rechtsunwirksam angefochtene Geschäft sich thatsächlich als rechtswirksam erwiesen hat[1].

Unter diese Kategorie der Klage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte läfst sich aber die condictio auch in dem Falle bringen, wo sie Gaius im Anschlusse an die Worte des Marcellus[2]: In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut si quidem exstet res vindicetur, si consumpta sit condicatur hactenus quatenus locupletior quis eorum factus est, mit der Begründung[3] gewährt: quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur, ex quibus causis condictio nasci solet. Denn damit stützt Gaius die condictio auch in diesem Falle darauf, dafs eine Hingabe auf Grund eines gesetzlich mifsbilligten und kraft Rechtens als nichtig anzusehenden Geschäftes erfolgte. Die Unterscheidung aut sine causa aut ex iuiusta causa aber läfst erkennen, dafs zu Gaius' Zeit bereits die Versuche zu einer systematischen Gliederung der Kondiktionsfälle im Schwange waren, dafs auch Gaius schon die condictio in mannigfaltiger Weise Anwendung finden liefs und neben den drei klassischen Kondiktionsfällen nicht, wie seine Institutionen vermuten machten, auf das indebitum und das furtum beschränkte.

Die besondere Fassung dieser Stelle führt uns aber von selbst zu dem letzten Punkte hinüber, zu dessen Besprechung die dürftigen Aussprüche Gaius' Anlafs geben können, zu der Frage nach dem Gegenstand dieser neuen Form der condictio.

Die Worte des Marcellus nämlich, denen die von

[1] l. 63 D. 12, 6.
[2] l. 5 § 18 D. 24, 1.
[3] l. 6 D. 24, 1.

Gaius unmittelbar angeschlossen sind, so dafs man wohl anzunehmen berechtigt ist, auch Gaius habe dieselbe Frage in demselben Sinne beantwortet, scheinen auf den ersten Blick sowohl zu sagen, dafs die condictio als Ersatz der vindicatio aufzutreten habe sowie auch, dafs sie von vornherein auf die Bereicherung beschränkt oder, was dasselbe sagen will, incerta sein könne. In der That wäre aber die eine Schlufsfolgerung so falsch wie die andere. Der Thatbestand, aus dem die vorliegende Entscheidung entspringt, ist der einer gesetzlich unzulässigen, daher nichtigen Schenkung. Die Folge der Nichtigkeit ist die Rückversetzung der Verhältnisse in den vorigen Zustand; diese aber vollzieht sich im Rechtswege zunächst allerdings mit Hilfe der rei vindicatio, nur soweit diese nicht statt hat, durch die condictio. Allein des ungeachtet wäre es doch eine Verkennung der Verhältnisse, wollte man diese nur als Ersatz jener ansehen. Der Grund beider ist vielmehr die Rechtsunwirksamkeit des Geschäftes. Der Umstand dagegen, dafs die dadurch begründete Rückforderung in dem einen Falle mit der Vindikation, in dem anderen Falle mit der Kondiktion geltend gemacht wird, ist gewissermafsen ein zufälliger. Denn auch der Gegenstand der Rückforderung ist in beiden Fällen derselbe, die noch vorhandene Bereicherung. Der Unterschied ist lediglich der, dafs das eine Mal noch die Sache selbst und das Eigentum des Klägers daran vorhanden ist, das andere Mal dieses Eigentum erloschen und ein anderer Wert an dessen Stelle getreten ist. Nun wäre aber die condictio ebenso von Anfang an begründet, wenn auch Kläger niemals Eigentum an dem Gegenstande der Rückforderung gehabt hätte[1]. Andrerseits ist auch die Bereicherung nicht der eigentliche Klagegegenstand. Diesen bildet vielmehr das Geschenk selbst. Dafs schliefslich statt dessen nur die noch vorhandene Bereicherung zur Restitution gelangt, hat nicht so sehr in der Kondiktion als vielmehr in der Natur der Schenkung

[1] l. 13 pr. D. 39, 6.

seinen Grund. Von dieser, nicht von der condictio scheint der Satz zu gelten, dafs niemand auf des anderen Kosten sich ohne Grund solle bereichern dürfen. Für die condictio dagegen scheint der Grundsatz mafsgebend zu sein, dafs zwar immer res ipsa in obligatione, unter Umständen aber nur die Bereicherung in solutione sein soll. Wenigstens läfst Gaius regelmäfsig die condictio auf res ipsa[1], die Klage aus der Schenkung und einigen anderen Thatbeständen aber, mag sie sein, welche sie wolle, auf die Bereicherung gerichtet sein.[2]

Gewährt demnach eine Zusammenstellung der einschlägigen Aussprüche von Gaius immerhin ein anschauliches Bild des Standes der Kondiktionenlehre zu seiner Zeit, so entbehrt solches doch andrerseits der Vollständigkeit. Überdies liegt zwischen Labeo und Gaius ein so langer Zeitraum emsigen Rechtslebens, dafs es nicht vermieden werden kann, nachdem ein fester Mittelpunkt gewonnen ist, die Darstellung an das Ende des vorhergehenden Zeitabschnittes unmittelbar anzuknüpfen. Die Vorwegnahme der condictio des Gaius gewährt hierbei den Vorteil, dafs alles, was in dieser Zwischenzeit eine Abweichung gegenüber dem von Gaius eingenommenen Standpunkte zu sein scheint, als Anachronismus den Verdacht der Interpolation zu erregen geeignet sein mufs. Doch ist in dieser Richtung immerhin eine gewisse Mäfsigung durch die Erwägung geboten, dafs in den aus Gaius' Werken überlieferten Sätzen nicht notwendig sein ganzes Lehrsystem, sondern vermutlich nur Stückwerk vorliegt, dessen Auswahl der Willkür der Kompilatoren überlassen war.

An die Wirksamkeit Labeos nun knüpft die Nervas, der nach Labeo das Haupt der von diesem abgeleiteten Juristenschule war, unmittelbar an. Ist uns jedoch von seinen Werken überhaupt nur wenig bekannt, so sind die hieraus für die condictio in Betracht kommenden Stellen

---

[1] l. 4 D. 13, 3 u. a. m.

[2] Inst. 2, 155; l. 10 D. 14, 3; l. 11 D. 10, 3 u. a. m.

mehr als dürftig zu nennen. In den Digesten sind nur drei solche Stellen enthalten, deren eine[1] überdies nur den klassischen Fall einer condictio ex mutuo behandelt. Die andere[2] bespricht die Rückforderung einer dotis nomine promittierten und bezahlten Summe für den Fall des Nichtzustandekommens der Ehe. Nerva und Atilicinus, deren responsum Julian an dieser Stelle überliefert, lassen über die Natur der Klage keinen Zweifel, indem sie mit Bezug darauf ausdrücklich condicere sagen. Es ist daher hier von vornherein die Möglichkeit ausgeschlossen, das Verhältnis wie in der analogen dem Servius Sulpicius Rufus zugeschriebenen Stelle unter den Vorgang einer fiducia zu bringen. Dagegen ist es allem Anscheine nach auch nicht die condictio causa data causa non secuta, die Nerva und Atilicinus angewendet wissen wollen. Vielmehr ist der Thatbestand einer condictio indebiti assimiliert, indem die Hingabe auf Grund einer Stipulation erfolgt und demgemäſs auch die Frage in den Vordergrund gerückt ist, utrum ipse potest repetere eam pecuniam qui dedisset, d. i. der wirkliche oder vermeintliche Schuldner der Frau, an mulier, und die Entscheidung davon abhängig gemacht ist, ob der Schuldner geglaubt habe, daſs er schulde, während ihm eine exceptio doli zu Gebote gestanden hätte, oder ob er gezahlt habe, wiewohl er wuſste, daſs er nichts schulde. Die Stelle bietet demnach einen Fall der schon von Labeo gewährten condictio indebiti, der durch die Feinheit der Unterscheidung nur beweist, daſs die Lehre von der condictio indebiti sich bereits allgemeiner Anerkennung und eifriger Durchbildung erfreute. Wenn die Kompilatoren diese Stelle trotzdem in den Titel von der condictio causa data causa non secuta einordneten, so wurden sie hierzu nur durch die äuſsere Ähnlichkeit des Thatbestandes — Rückforderung einer dos — mit anderen solche condictio erzeugenden Verhältnissen veranlaſst. Wie dieser, so liegt

---

[1] l. 9 § 9 D. 12, 1.
[2] l. 7 pr. D. 12, 4.

aber auch der letzten Stelle[1], wo Nerva neben Sabinus und Cassius als Gewährsmann aufgeführt wird, eine condictio indebiti zu Grunde. Denn wenn es dort heifst, domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoremus: Nerva, Sabinus, Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt, so treffen jene Umstände zu, unter denen Mela die condictio indebiti zu gewähren geneigt war, indem hier die Zahlung nicht erfolgte, ut sibi in causam (emptionis) proficeret, weil von einem Kaufe unter den vorliegenden Bedingungen nicht die Rede sein konnte, sondern per errorem. Der Standpunkt Nervas in der Kondiktionenfrage ist demnach, soweit dieses mehr als bescheidene Material einen Schlufs zuläfst, derselbe wie der Labeos, indem auch er von den sogenannten condictiones sine causa nur erst die condictio indebiti zu kennen scheint.

Mit Nervas Wirkungszeit fällt die des Sabinus zum Teile zusammen, in dessen Lehre die condictio jedoch bereits eine wesentliche Fortbildung erfahren hat. Doch kann sein Standpunkt um dessentwillen nicht in Gegensatz zu dem Labeos und seiner Schule gestellt werden, weil sich die Ausdehnung des Anwendungsgebietes der condictio in der Folge in beiden Schulen ziemlich gleichmäfsig vollzieht. Überdies wird dieser Unterschied auch dadurch zum Teile ausgeglichen, dafs Manches nicht als bare Münze zu nehmen ist, was von Justinians Gesetzgebungsgehilfen auf Rechnung des Sabinus gesetzt ist.

Zum Beweise dessen sei die Darstellung seiner Lehre mit einem Fragmente eröffnet, das seit langem als Muster der Interpolationskunst gegolten hat. Es ist von den Kompilatoren dem achtzehnten Buche Ulpians ad Sabinum[2] entnommen: Si pecuniae sit ususfructus legatus vel aliarum rerum quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum finito usufructu an pecunia quae data sit vel

[1] l. 57 pr. D. 18, 1.
[2] l. 5 § 1 D. 7, 5.

ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint. sed si quidem adhuc constante usufructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti condictione: sed si finito usufructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat, quae mihi non inarguta videtur.

Dafs die Stelle interpoliert sei, hat bereits Donellus[1] erkannt, und es scheint überflüssig, den eingehenden Erörterungen, die Gradenwitz[2], Pernice[3], Pflüger[4] u. a. m.[5] an diese Stelle geknüpft haben, noch etwas hinzuzufügen. Das Ergebnis dieser Ausführungen aber ist, dafs der ganze Zwischensatz sed si quidem ..... quantitatem als Zuthat der Kompilatoren anzusehen ist, und dafs demnach nur eine condictio des Kapitals nach Beendigung des Fruchtgenusses erübrigt, eine sogenannte condictio causa finita, die nach der Systematik Justinians von der condictio sine causa umspannt wird.

Jedenfalls aber ist diese Stelle dazu angethan, bei der kritischen Betrachtung des Quellenmaterials zu verdoppelter Vorsicht zu gemahnen. Die übrigen auf Sabinus zurückgehenden Stellen lassen sich im grofsen und ganzen auf die beiden Gruppen der condictio indebiti und condictio furtiva aufteilen. Ein Hinausgehen über diese Schranken macht sich aber, wie bereits erwähnt, immerhin bemerkbar. Denn einmal kann die soeben besprochene Stelle eher der condictio sine causa als der condictio indebiti zugezählt werden, ferner zeigen sich in der ebenfalls schon behandelten l. 6 D. 12, 5 bereits Ansätze zu einer umfassenderen Systematik der condictiones sine causa, Spuren der condictio ex iniusta causa; endlich wird der Name des Sabinus auch mit

---

[1] Comm. X cap. 4 § 16 ad h. l.
[2] Interpolationen S. 27 ff.
[3] Labeo, III S. 203, n. 5.
[4] Sav.-Z. R.A. XVIII S. 76 f.
[5] Lenel, Paling. II. Ulpian 2591.

der condictio ob turpem causam in Verbindung gebracht[1]. Andererseits ist es jedoch bemerkenswert, dafs Sabinus in der Anwendung dieser jugendlichen Formen der condictio noch schwankt. Dies kommt wenigstens darin zum Ausdrucke, dafs er in einzelnen Fällen die Geschäftsklage gewährt, wo man bei Gaius bereits die condictio erwarten würde[2], ein Schwanken, das an sich schon in manchen Fällen die Vermutung unterstützt, dafs ein Ausspruch des Sabinus vorliege, obwohl seine Autorschaft nicht ausdrücklich bezeugt ist[3].

Im einzelnen aber bieten die von Sabinus berichteten Fälle[4] der condictio indebiti keine Besonderheit dar, es wäre denn die, dafs in dem einen, an zwei Stellen wiederholten Falle dem dominus unmittelbar die condictio wider den Dritten aus einem Geschäfte gewährt wird, das der Sklave des dominus zu des Dritten Gunsten abgeschlossen hatte. In allen Fällen aber bildet hier den Gegenstand der condictio eine bestimmte Summe Geldes, certa pecunia oder eine alia certa res, die dem Beklagten auf Grund eines rechtlich unwirksamen Geschäftes zugekommen war.

Der Umstand, dafs es sich in den Fällen der sogenannten condictiones sine causa um die Rückforderung eines certum handelt, bildet wohl auch das Bindeglied zwischen dem ursprünglichen und dem nunmehrigen Anwendungsgebiete der condictio, das ihr vermöge ihrer abstrakten Formel zugewiesen werden konnte.

Die zweite dem Sabinus geläufige Anwendungsform der condictio ist die condictio furtiva. Eingehendere Ausführungen von Sabinus über diese Klage fehlen. Immerhin läfst aber das Wenige, was vorhanden ist, erkennen, dafs ihm ihre spätere Gestalt bereits klar vorschwebte. Er läfst die condictio gegen den Dieb auch zu, nachdem die

---

[1] l. 4 pr. D. 12, 5.
[2] l. 6 D. 18, 5.
[3] l. 11 § 5 D. 19, 1 (Lenel, Paling. II. Sabinus 93).
[4] l. 31 § 1 D. 12, 1; l. 24 § 1 D. 19, 1; l. 57 pr. D. 18, 1.

gestohlene Sache bereits untergegangen ist[1], und räumt sie bereits nicht nur gegen den Dieb, sondern auch gegen andere Besitzer, insbesondere auch gegen den qui vi deiecit ein[2]. Dagegen scheint er noch in dem ausschlaggebenden Punkte zu schwanken, wer zur Anstellung der condictio furtiva berechtigt sei. Der Satz[3], dafs in re furtiva soli domino condictio competit, scheint sich in seinem Systeme noch nicht zu voller Klarheit durchgerungen zu haben. Dafür spricht der Umstand, dafs dort, wo von der condictio fundi die Rede ist[4], Sabinus solche anscheinend unterschiedslos gewährt, während Celsus sie nur dem dominus einräumt. Nach dem überlieferten Wortlaute des Fragmentes stellt sich das Verhältnis zwar gerade umgekehrt dar, indem es heifst: Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit, qui deiectus condicat; ceterum si non sit possessionem eum condicere Celsus ait, woraus denn auch Bruns[5] schliefst, dafs Sabinus die condictio in diesem Falle nur für den Eigentümer, Celsus dagegen auch für den blofsen Besitzer zuliefs. Allein, nachdem der Schlufssatz ceterum si .... einmal der Interpolation verdächtig ist[6], fällt diese Annahme, soweit sie den Standpunkt des Celsus betrifft, jedenfalls weg. Nicht ebenso selbstverständlich ist aber dadurch der Wegfall der condictio zu Gunsten eines anderen als des Eigentümers überhaupt bedingt. Denn auch die condictio furtiva des dominus ist im Grunde genommen nichts anderes als eine condictio possessionis, da diesem durch den Diebstahl nicht das Eigentum, sondern nur der Besitz seiner Sache verloren gegangen ist. Gewissermafsen nur eine gesetzliche Fiktion läfst an Stelle der possessio die res ipsa treten. Diese

[1] l. 83 § 7 D. 45, 1.
[2] l. 2 D. 13, 3.
[3] l. 1 D. 13, 1.
[4] l. 2 D. 13, 3; vgl. l. 25 § 1 D. 47, 2.
[5] Die Besitzklagen, S. 198.
[6] Pflüger, Sav.-Z. R.A. XVIII S. 111.

Fiktion aber, wenn man so sagen darf, will gerade Sabinus anscheinend in demselben Umfange gelten lassen, in dem die actio furti zuständig ist, nicht nur zu Gunsten des Eigentümers, sondern zu Gunsten jedes, der auch zur Anstellung der actio furti berechtigt ist. Dies scheint sich nach Wegfall des Schlufssatzes daraus zu ergeben, dafs Celsus betont: sed ita si dominus sit ...., da diese Worte, an deren Echtheit zu zweifeln kein Grund vorliegt, offenbar des Sabinus Äufserung einzuschränken bestimmt sind. Sie als blofse Interpretation einer ungenauen Äufserung und demgemäfs den Standpunkt des Sabinus als mit dem des Celsus identisch anzusehen, dürfte wenigstens deshalb nicht angehen, weil Sabinus denselben Standpunkt, die condictio furtiva auch dem Nichteigentümer einzuräumen, noch an einer zweiten Stelle[1] einzunehmen scheint. Die betreffende Stelle ist ebenfalls interpoliert[2] und daher wohl wenig zuverlässig, doch ist sie in dem für die vorliegende Frage in Betracht kommenden Teile offenbar in ihrer ursprünglichen Form erhalten: nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat: quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti? plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit. Die von Sabin gewährte, von Ulpian verworfene condictio kann wohl in Anbetracht ihrer engen Verbindung mit der actio furti nur die condictio furtiva sein. Darauf deutet auch der Umstand hin, dafs Ulpian seinerseits im Schlufssatze nur eine condictio ob turpem causam zuzulassen geneigt ist. Die Verwerfung der acti furti und damit stillschweigend auch der condictio begründet aber Ulpian damit, dafs Kläger weder auf ein Eigentums- noch auf ein Besitzrecht sich zu stützen vermöge. Demgegenüber scheint Sabinus die Voraussetzung „cuius intersit furtum factum non esse“ in einem

---

[1] l. 17 § 5 D. 19, 5.

[2] Vgl. Gradenwitz, Interpol. S. 137; Lenel, Paling. II. Ulpian 806 n. 1.

weiteren Sinne zu fassen und diese Voraussetzung ohne Rücksicht auf die Eigentumsfrage auch für die Zulässigkeit der condictio furtiva als genügend zu erachten.

Nur unter dieser Annahme, daſs die condictio furtiva bei Sabinus auch dem Nichteigentümer, nicht ausschlieſslich dem Eigentümer eingeräumt wurde, wird der Standpunkt des Proculus verständlich, der „die condictio dem Dominus principiell versagte und allein dem Nichteigentümer einräumte, um damit aufs schärfste den Charakter der condictio als einer rein obligatorischen Rückforderungsklage gegenüber der vindicatio als einer in rem actio, auf die allein er den Eigentümer verweist, hervorzuheben[1]." Denn solche Stellungnahme kann nur für eine Zeit begreiflich erscheinen, der die Abhängigkeit der condictio furtiva von der Vorfrage des Eigentums auf seiten des Klägers noch nicht als feststehendes, unumstöſsliches Postulat galt. Diese dem späteren Rechte regelmäſsig fremde, von diesem ausdrücklich verworfene Gewährung der condictio furtiva an den Nichteigentümer[2] läſst aber ihrerseits wiederum die Vermutung als zutreffend erscheinen, daſs erst Sabinus es war, der diesen Anwendungsfall der condictio vermittelte, zumal eine ältere Stelle für das Dasein der condictio furtiva berechtigter Weise nicht herangezogen werden kann, und eine erhebliche Reihe der uns erhaltenen Ausführungen späterer Juristen zum Teil gerade ad Sabinum anknüpfen[3], zum Teil geradezu als Citate aus dessen Schriften angesehen werden können, eine Anlehnung an ältere Gewährsmänner aber nicht nachweisbar ist. Verfehlt wäre es jedoch, in dem Gegensatze zwischen Sabinus und Proculus, der sich in der Frage der condictio furtiva be-

[1] Trampedach, Sav.-Z. RA. XVII S. 98 ff. und die dort besprochenen Stellen: l. 15 D. 12, 4; l. 53 D. 12, 6; l. 9 § 9 D. 12, 1; l. 67 D. 23, 3.

[2] Vgl. über anscheinende, spätere Ausnahmen: Bekker, Recht des Besitzes S. 28 n. 1; Brinz, Pand. II S. 525 n. 14, S. 526; Trampedach, l. c. S. 112 n. 2.

[3] ll. 1—5, 7 D. h. t. 13, 1.

merkbar macht, einen Beweis mehr dafür zu finden, daſs zwischen den beiden Schulen „ein tiefgehender, eigentlich prinzipieller Unterschied" bestanden habe[1]. Vielmehr gleicht sich nicht nur dieser Gegensatz in der Folge vollkommen aus, sondern es macht sich auch in beiden Schulen der sonstige Fortschritt in der Lehre von der condictio gleichmäſsig bemerkbar. Jedenfalls aber legt das vorliegende Verhältnis Zeugnis dafür ab, wie unzutreffend es ist, den angeblichen Schulgegensatz mit den Schlagworten des Konservativismus für die Sabinianer und des Liberalismus für die Proculianer zu bezeichnen[2]. Denn in dieser Frage fängt gerade umgekehrt Sabinus bereits an, die condictio auch dem Eigentümer zu gewähren, während Proculus auf dem hergebrachten Standpunkte verharrt, die condictio nur in der Hand des Nichteigentümers zuzulassen. Diese starre Ablehnung der condictio des Eigentümers durch Proculus scheint aber vorzüglich die Annahme zu unterstützen, daſs der ursprüngliche Begriff des dare der strengere und engere gewesen sei, der die Anwendung des dare oportere zu gunsten des Eigentümers undenkbar machte. Andererseits scheint es ungenau, die condictio, die Sabinus dem Eigentümer sowohl wie auch dem Nichteigentümer gegen den fur einräumt, als furtiva zu bezeichnen, so lange mit der letzteren die Vorstellung unzertrennlich verknüpft wird, daſs sie nur dem Eigentümer zusteht. Doch kann die Bezeichnung unbedenklich beibehalten werden, da diese condictio auch in der Hand des Eigentümers in klassischer Zeit niemals furtiva genannt, sondern nur als condictio ex furtiva causa bezeichnet wurde. Es muſs bloſs daran festgehalten werden, daſs die condictio unter dieser Voraussetzung in klassischer Zeit nur dem Eigentümer, von Sabinus aber noch jedermann zugestanden wurde, der auch mit der actio furti auftreten durfte.

[1] Vgl. Pernice, Labeo I S. 90 ff.

[2] Vgl. Kuntze, Exkurse S. 274 ff.; dagegen Pernice, Labeo I S. 91 n. 39.

Noch fehlt es aber an der vollkommen befriedigenden Erklärung dafür, wie es kam, dafs eine Formel auf dare oportere auch dem Eigentümer, später ex furtiva causa sogar nur dem Eigentümer gewährt wurde[1]. Barons[2] Annahme, dafs „die Gewährung nicht als ganz freiwillige zu denken", sondern „durch den Rechtsirrtum eines Bestohlenen veranlafst" sei, vermag nicht zu befriedigen. Denn weder dem Prätor noch dem iudex kann solche Nachsicht gegenüber einem Rechtsirrtum zugemutet werden[3]. Wohl aber mufs Baron[4] darin zugestimmt werden, dafs die condictio furtiva „zunächst den Grundsätzen der reivindicatio unterliegt, dafs sie weder Delikts- noch Bereicherungsklage ist." Nur ist diese Auffassung der condictio furtiva als eine gewillkürte, als das Ergebnis bewufster Rechtsbildung anzusehen. Der Grund für die Gewährung der condictio furtiva aber wird vollkommen verständlich, wenn auch sie vom Nichteigentümer ausgehend gedacht wird. Diesem gewährt der Diebstahl zunächst nur die poenale actio furti. Es steht ihm dagegen keine reipersekutorische Klage zur Verfügung. Eine solche nun erwuchs ihm in der condictio, die man in diesem Falle nach dem Vorbilde der schon in Anwendung stehenden condictio sine causa gewähren mochte. In ähnlicher Lage aber befindet sich der Eigentümer der res extincta. Daher liefs man vermutlich zunächst auch diesen der Vorteile der condictio teilhaftig werden. Aus ähnlichen Gründen mag anfänglich auch dem Eigentümer der res nec mancipi die condictio eingeräumt worden sein[5]. Nachdem aber einmal der Nutzen der raschen und schneidigen Rechtshilfe, den die condictio auch auf diesem Gebiete darbot, erkannt war, wurde sie gegen den Dieb unter Hintansetzung der tech-

---

[1] S. oben S. 144 ff.

[2] Abh. I S. 30 ff., 74 f.

[3] Vgl. Buhl, Krit. Vierteljahrschr. XXIV S. 227 f.; Pfersche, Bereicherungskl. S. 18; Bekker, Aktionen II S. 163 ff.

[4] Abh. I S. 31.

[5] Jhering, Dogm. Jahrb. XXIII S. 205 n. 2.

nischen Bedeutung des dare oportere dem Eigentümer überhaupt gewährt. Schliefslich vollzog sich die merkwürdige Erscheinung, dafs die condictio ex furtiva causa nur mehr dem Eigentümer verstattet wurde. Dazu trug vielleicht die Vorstellung bei, dafs die condictio gerade in diesem Falle die Vindikation zu ersetzen bestimmt war. Die Lage des Nichteigentümers aber ist dadurch nicht wesentlich verschlimmert, indem die condictio ihn einerseits der Regrefspflicht gegenüber dem dominus überhebt, und er andererseits durch Ausübung seines Regrefsrechtes sich schadlos halten und durch dessen Ausübung den dominus wie zur Anstellung der actio furti so auch zu jener der condictio mittelbar verhalten kann.

Die Entwicklung der condictio Schritt für Schritt, von einem Schriftsteller zum andern nun noch weiterhin zu verfolgen, kann wenig Gewinn bringen, da die Quellen für diese Zeit nur spärlich fliefsen und die Abweichungen nur mehr geringfügige sind. Es mufs genügen, die grofsen Wendepunkte ihres ferneren Entwicklungsganges schärfer ins Auge zu fassen, im übrigen aber sich mit Rückschlüssen zufrieden zu geben. Nur zum Beweise der vordem eingestreuten Bemerkung, dafs die condictio nicht dem Widerstreite der beiden grofsen Juristenschulen der Proculianer und Sabinianer ihre weitere Ausbildung verdankte, sei der Stand der Lehre bei den beiden Autoren, die den zwei Schulen ihren geschlossenen Charakter verliehen, bei Cassius und Proculus einer kurzen Betrachtung unterworfen.

Auf Cassius gehen nur wenige der überlieferten Stellen zurück. In der Mehrzahl davon wird er überdies nur neben seinem Lehrer Sabinus als Gewährsmann genannt[1]. Seiner unmittelbaren Initiative entstammen nur zwei Entscheidungen. Die eine[2] davon betrifft den schon andern Ortes erwähnten Rückforderungsanspruch eines Walkers, der Ersatz geleistet hat für in Verlust geratene Kleider, die nach-

[1] l. 57 pr. D. 18, 1; l. 31 § 1 D. 12, 1; l. 24 § 1 D. 19, 1.
[2] l. 2 D. 12, 7.

träglich wieder in den Besitz des dominus gelangten. Dieser von Ulpian verworfene Anwendungsfall der condictio, den übrigens Cassius selbst nur schüchtern zugesteht, indem er die condictio blofs neben der Geschäftsklage in Auswahl damit gewährt, zeigt, wie sehr es noch an der scharfen Abgrenzung zwischen Geschäftsklage und condictio sine causa mangelte. Die andere Stelle[1] behandelt den Fall einer condictio indebiti, ohne sich durch irgendwelche Besonderheit auszuzeichnen. Eine dritte Stelle[2] geht allerdings schon über das bisherige Anwendungsgebiet der condictio um einen Schritt hinaus, indem sie solche unter der Voraussetzung „quasi re non secuta" eintreten läfst; allein nicht Cassius ist es, auf den Paulus sich hierfür beruft, sondern die Cassiani. Es ist daher zumindest zweifelhaft, ob Cassius selbst bereits die „condictio causa data causa non secuta" in sein System aufgenommen hatte. Jedenfalls verdient es aber Beachtung, dafs nach dieser und einer zweiten Stelle[3] bereits „die Tendenz des Sabinus und seiner Schule dahin" ging, „die Kondiktion als Klage aus einem Rechtsgeschäfte zu konstruieren"[4]. Ebenso ist es bezeichnend, dafs bereits Proculus und Cassius gemeinsam[5] zur Unterstützung einer Entscheidung im Gebiete der Kondiktionen herangezogen werden, wie denn überhaupt Proculus mit Ausnahme der condictio furtiva denselben Standpunkt vertritt, der von Sabinus und Cassius eingenommen wird.

Auch dem Proculus gilt die condictio in erster Linie als Rückforderungsklage, weshalb mit ihr wohl unter Umständen weniger, niemals aber mehr gefordert werden kann, als seinerzeit hingegeben wurde[6]. Sodann aber ist dem Proculus, wie schon seine Stellungnahme gegen die

---

[1] l. 1 § 10 D. 44, 5.
[2] l. 35 § 3 D. 39, 6.
[3] l. 2 D. 12, 6.
[4] Pernice, Labeo I S. 422.
[5] l. 43 pr. D. 35, 1.
[6] l. 11 § 1 D. 12, 1. Vgl. Bekker, Aktionen, I S. 119 n. 27.

condictio furtiva beweist, die condictio obligatorische Rückforderungsklage im Gegensatze zur dinglichen Eigentumsklage, weshalb nicht jene als Ersatz dieser auftreten kann. Wo daher Proculus im konkreten Falle bald die condictio, bald die vindicatio gewährt, je nachdem trotz der Unwirksamkeit des Geschäftes Eigentum übergegangen ist oder nicht, tritt die condictio schon deshalb nicht als Ersatz der vindicatio auf, sondern es greift bald die eine bald die andere Platz, je nachdem die durch das rechtlich unwirksame Geschäft verlangte Wiederherstellung des früheren Zustandes besser auf diesem oder auf jenem Wege erreicht werden kann. Condictio und vindicatio stehen in diesem Falle nicht im Verhältnisse der Subordination, sondern in dem der Koordination. Am deutlichsten erhellt dies daraus, daſs die condictio nicht notwendig dem Eigentümer zugestanden wird, dessen Eigentum durch das rechtlich unwirksame Geschäft infolge Usucapion oder aus anderen Gründen erloschen ist, sondern dem Gegenkontrahenten oder dessen Gewalthaber ohne Rücksicht darauf, ob ihm das Eigentum gebührt hätte oder nicht, während die Vindikation umgekehrt natürlich nur dem Eigentümer verstattet ist, gleichgültig, ob er an dem Geschäfte als Partei unmittelbar beteiligt war oder nicht[1].

Die condictio ist aber endlich dem Proculus auch eine Klage auf dare eines certum, wie eine Stelle[2] beweist, die durch ihren Gegensatz zu anderen auf ein incertum hinauslaufende Entscheidungen besonders bemerkenswert wird: Si usus fructus nomine re tradita satis datum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita replicandum erit, quae sententia habet rationem, sed et ipsa stipulatio condici poterit. Nur der erste Teil stammt von Proculus, der Schluſs (quae sententia ....) angeblich von Ulpian. Charakteristisch an der Stelle ist, daſs Proculus

[1] l. 53 D. 12, 6; l. 67 D. 23, 3.
[2] l. 7 pr. D. 7, 9.

eine condictio wegen Unterlassung der Kautionsstellung nicht kennt, sondern sich nur damit zu helfen weiſs, daſs er in solchem Falle die Rückforderung der Sache selbst gewährt, die der Vindikation entgegenstehende exceptio ususfructus aber mit einer replicatio zurückweisen läſst. Dem gegenüber scheint die Anschauung Ulpians vorgeschrittener, indem er an Stelle dieser verwickelten Abhilfe die einfachere setzt, daſs die Kaution selbst solle kondiziert werden können. Allein diese condictio weist eine doppelte Unregelmäſsigkeit auf, indem sie die Rückforderung einer Leistung bezielt, die niemals hingegeben worden war, also thatsächlich nicht als Rückforderungsklage auftritt, und dann dadurch, daſs Gegenstand dieser condictio ein incertum ist, nicht eine certa pecunia oder alia certa res, sondern die Bestellung einer Kaution. Dazu kommt noch, daſs an zwei anderen Stellen[1], denen ebenfalls der Fall einer Kautionsunterlassung zu Grunde liegt, an die hier gewährte condictio cautionis gar nicht gedacht ist, an einer dritten Stelle[2] aber, wo allerdings die condictio zu demselben Zwecke in Anspruch genommen wird, auch mit der condictio die ohne Kautionsstellung erfolgte Leistung selbst zurückgefordert wird. Es kann daher nicht wunder nehmen, daſs man in diesem Schluſs der Stelle schon längst eine Interpolation erkannt hat[3]. Jedenfalls aber war diese condictio dem Proculus fremd, und dies spricht, zumal es an jedem weiteren Anhaltspunkte für die gegenteilige Meinung fehlt, zweifellos dafür, daſs er eine auf incertum gerichtete condictio nicht gekannt habe.

An einer anderen Stelle[4] scheint Proculus eine condictio ob turpem causam zu gewähren. Dies würde, das Vorliegen dieses Thatbestandes zugegeben, einen weiteren Ausbau des bisherigen Kondiktionensystemes bedeuten.

[1] l. 9 § 4 D. 10, 4; l. 1 § 17 D. 36, 3.

[2] l. 39 D. 12, 6.

[3] Pernice, Labeo III S. 203 n. 5; Pflüger, Sav.-Z. R.A. XVIII S. 84.

[4] l. 5 D. 12, 5.

Allein die farblose Ausdrucksweise der Stelle: „repetitionem fore eius pecuniae Proculus respondit“ im Zusammenhange mit ihrer Quellenangabe, die sie in das dritte Buch Julians ad Urseium Ferocem verweist, dessen Inhalt im übrigen mit der condictio keinerlei Berührung aufweist, lassen diese Annahme zumindest als ungewifs erscheinen.

Dagegen verdient ein Bruchstück[1] aus dem Ediktskommentar Ulpians besondere Hervorhebung, weil es die Stellung des Proculus zum Reurecht einigermafsen zu beleuchten scheint: Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi paeniteat: quod si praeteriit condici poterit. sed si Stichus decesserit an repeti quod datum est possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse, si minus cessare. Ulpian gestattet hier die Rückforderung vor Ablauf der Zeit, innerhalb deren die Freilassung erfolgen soll, falls die Rückforderung in Ausübung eines Reurechtes erfolgt. Inwieweit hierin die Anschauung Ulpians oder die Justinians zu Tage tritt, zu untersuchen, wird seinerzeit Gelegenheit sein. Für den vorliegenden Zusammenhang ist es nur von Bedeutung festzustellen, dafs Proculus in dem Falle, wo der Freizulassende stirbt, eine Rückforderung nur gestattet, wenn er nach Ablauf der Freilassungsfrist verstorben ist. Hätte aber Proculus ein Reurecht gekannt, so hätte seine Entscheidung offenbar anders ausfallen müssen, denn es ist nicht anzunehmen, dafs das Reurecht durch zufälligen Untergang des Geschäftsgegenstandes verloren gehen soll[2]. Auf Grund dieser Stelle kann daher vorerst die Zulässigkeit des Reurechtes jedenfalls für Proculus verneint werden.

Die letzte den Werken des Proculus entnommene Äufserung über die Kondiktionen endlich ist in einer Stelle aus dem Sabinuskommentar des Pomponius wieder-

---

[1] l. 3 § 3 D. 12, 4.
[2] Vgl. Gradenwitz, Interpol. S. 151.

gegeben[1]. Sie konnte bereits unter jenen angeführt werden, die für die ablehnende Stellung des Proculus gegenüber der condictio des Eigentümers Zeugnis ablegen. Sie ist aber aufserdem noch von doppeltem Interesse, indem sie über die prozessuale Form der condictio, wie sie dem Proculus vorschwebte, klaren Aufschlufs giebt und einen hervorragenden Beitrag zur Entstehungsgeschichte der condictiones sine causa zu liefern geeignet ist.

Die prozessuale Form der condictio wird nämlich durch diese Stelle zu besonderer Deutlichkeit gebracht, indem sie eine der wenigen ist, wo der Jurist an Stelle des Namens die Formel selbst gesetzt und Justinian diesen Wortlaut nicht durch Einsetzung des Namens verdrängt hat. Pomponius bezeichnet die Klage mit den Worten: ages cum Attio dare eum tibi oportere und führt auch des Proculus Wendung wörtlich an: Proculus dari oportere ita ait .... Wenn auch die Stelle an sich zu der Annahme der abstrakten Formel für die condictio nicht gerade zwingt[2], so scheint sie doch, nachdem diese Annahme auf Grund des gesamten Quellenmaterials einmal überzeugend begründet ist, ein Beweis mehr dafür, dafs sich der Jurist an dieser Stelle in der Gerichtssprache ausdrückt und die Klage, die keinen gerichtstechnischen Namen hatte, mit ihrer charakteristischen Formel selbst bezeichnet, und dafs diese Formel auch jetzt, nachdem die condictio ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet bereits wesentlich erweitert hatte, eine abstrakte geblieben ist.

Die historische Bedeutung der Stelle aber scheint darin gelegen, dafs ihrem Inhalte nach die von Proculus und Pomponius der condictio darin eingeräumte Funktion dem Labeo noch fremd gewesen sein mufs. Denn während der Wortlaut der Stelle auf den ersten Blick die Annahme begründet scheinen läfst, dafs Labeo gleich Pomponius eine condictio, aufserdem aber die actio ad exhibendum ge-

---

[1] l. 15 D. 12, 4.

[2] Vgl. Baron, Abh. I S. 42 ff., 45.

währt habe — darauf deutet die Wendung hin posse etiam ad exhibendum agi — mufs gerade umgekehrt behauptet werden, dafs die Gewährung der actio ad exhibendum niemals, daher auch nicht bei Labeo aus dem Thatbestande einer condictio an sich entspringen konnte. Proculus erklärt dies denn auch unmittelbar darauf mit Bezug auf die von ihm eingeräumte condictio mit den Worten: sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse, und ebenso wird an einer anderen Stelle[1] zwischen dem Thatbestande der Vindikation und actio ad exhibendum auf der einen, und dem der condictio auf der anderen Seite genau unterschieden.

Einer besonderen Betrachtung bedarf jedoch trotzdem die Stellung der condictio furtiva zur actio ad exhibendum, da diese beiden Klagen wiederholt neben einander auftreten.

Vorerst nun sei festgestellt, dafs die actio ad exhibendum hauptsächlich propter vindicationes eingeführt ist[2], und dafs Ulpian[3] als mit der actio ad exhibendum korrespondierende iudicia directa aufserdem ganz allgemein jede beliebige in rem actio, die Interdikte und die optio, endlich auch die Noxalklagen bezeichnet[4]. Damit ist die Kategorie der dinglichen Rechtsansprüche als jene gekennzeichnet, die allein zur Anstellung einer actio ad exhibendum berechtigt. Diese klare Aufstellung ist aber dadurch in eine bedauerliche Verwirrung gebracht, dafs Ulpian[5] am Schlusse seiner Auseinandersetzungen erklärt: Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius interest exhiberi. Dadurch ist die Frage zu einer offenen geworden, ob auch auf Grund eines blofs obligatorischen Rechtsanspruches mit der actio ad exhibendum vorgegangen werden könne. Eine

[1] l. 11 § 2 D. 12, 1.
[2] l. 1 D. h. t. 10, 4.
[3] l. 3 §§ 3—8 D. h. t.
[4] Vgl. Bekker, Aktionen I S. 225 f.
[5] l. 3 § 9 cit.; vgl. Lenel, E. P. S. 177 ff.

genaue Durchsicht der vorhandenen Quellen hat jedoch zu dem heute ziemlich feststehenden Ergebnisse geführt, dafs die actio ad exhibendum wohl „neben Forderungsklagen begründet sein“ kann, „wenn eine vindicatio hinter ihr steht“, „nicht aber auf Grund einer hinter ihr stehenden Forderungsklage“ [1].

Bedenken können allein die actio furti und die condictio furtiva in einzelnen Fällen erregen. Dazu gehören jedenfalls jene Stellen nicht, wo neben der actio furti ausdrücklich die vindicatio genannt ist [2], weil hier „der Bestohlene als Eigentümer, also als vindicaturus ad exhibendum klagt“ [3]. Daher sind auch jene Stellen ebensowenig hierher zu zählen, wo die actio ad exhibendum neben actio furti, condictio und rei vindicatio zur Auswahl gestellt ist [4]. Denn auch in diesen Fällen ist es die Vindikation, die der actio ad exhibendum ihre Existenzberechtigung verleiht, zumal dies an zwei Stellen [5] ausdrücklich betont wird. Endlich bereiten auch jene Stellen keine Schwierigkeit, wo die actio ad exhibendum bald neben der actio furti allein [6], bald neben actio furti und condictio [7] gewährt, und zwar die vindicatio nicht ausdrücklich erwähnt, aber aus anderen Umständen unzweifelhaft ersichtlich ist, dafs der Bestohlene zugleich Eigentümer und daher als solcher zur Anstellung der actio ad exhibendum legitimiert ist.

Es erübrigen daher, da die bisweilen auch hierher gezogene l. 16 D. 1, 18 nach den Ausführungen von Demelius [8] als ein für allemal abgethan gelten kann, nur zwei Stellen, die zu Bedenken Anlafs geben. Die eine [9] ist dem

---

[1] Brinz, Pand. II § 324 n. 13 und die dort in n. 24 citierten Stellen.

[2] l. 1 § 3 D. 11, 5; l. 4 D. 6, 1; l. 44 D. 41, 1.

[3] Demelius, Exhibitionspflicht S. 148.

[4] l. 7 § 1 D. 13, 1.

[5] l. 1 pr. D. 47, 1; l. 1 § 2 cf. l. 2 D. 47, 3.

[6] l. 1 § 6 D. 43, 16.

[7] l. 11 pr. D. 4, 4; l. 17 § 2 D. 19, 5; l. 8 § 2 D. 47, 7.

[8] l. c. S. 149 ff.

[9] l. 12 § 2 D. h. t. 10, 4.

Ediktskommentar des Paulus entnommen und stellt nicht actio ad exhibendum und actio furti des Eigentümers neben einander, sondern handelt „von einer actio ad exhibendum mit designierter actio furti“. Allein auch diese Stelle ist von Demelius[1] mit Glück in das von Ulpian aufgestellte System der actio ad exhibendum eingeordnet und ihr der Charakter einer Ausnahme dadurch benommen worden, dafs die zu Grunde liegende Diebstahlsklage als actio furti noxalis bezeichnet werden konnte[2].

Die zweite Stelle ist die in Rede stehende l. 15 D. 12, 4. Auf den ersten Blick scheint die hier gegebene Lösung vollkommen zufriedenstellend. Anscheinend ist ein des Diebstahls „verdächtiger Sklave an den Geschädigten hingegeben mit der formlosen Vereinbarung, er solle zurückgegeben werden, wenn er sich in der Untersuchung als schuldlos erweise“[3]. Der Geschädigte übergiebt ihn aber dem praefectus vigilum quasi in facinore deprehensum. Daher wird er ohne weiteres hingerichtet. Pomponius gewährt nun dem (früheren) Eigentümer die condictio mit der Begründung: quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit, während Labeo erklärt: posse etiam ad exhibendum agi: dadurch gewinnt es zunächst den Anschein, als ob Labeo condictio furtiva und actio ad exhibendum zur Auswahl gestellt habe. Dagegen gewährt Proculus die condictio ausdrücklich nur unter der Voraussetzung: si fecisses eius hominem. Für diesen Fall aber schliefst er die actio ad exhibendum aus, die er neben der actio furti nur dann zugesteht, wenn das Eigentum beim Kläger verblieben ist[4].

Aus diesem Sachverhalte liefse sich nun in Übereinstimmung mit dem sonstigen Stande der Lehre von der actio ad exhibendum schliefsen, dafs Labeo die actio ad exhibendum neben der condictio furtiva gewährt, weil diese

---

[1] l. c. S. 147 ff.
[2] Vgl. Brinz, Pand. II § 324 n. 13.
[3] Pernice, Labeo III S. 273.
[4] Vgl. Demelius, l. c. S. 152 n. 1; Lenel, E. P. S. 174 n. 1.

das für die a[0] ad exhibendum unbedingt erforderliche Eigentum auf Seiten des Klägers voraussetzt, während Proculus die letztere neben seiner condictio versagt, weil diese von einem Nichteigentümer geltend gemacht wird[1]. Allein damit wäre nicht nur zugegeben, dafs Labeo die condictio furtiva gekannt habe, sondern es bliebe auch auffallend, dafs sich Pomponius für die Gewährung der actio ad exhibendum neben der condictio furtiva, der wir allerorts begegnen, auf die Autorität Labeos berufen zu müssen glaubt. Denn, während sie sonst unbedenklich stattfindet, mufs gerade die Berufung auf Labeo bedenklich erscheinen, da noch Sabinus die condictio furtiva nicht ausschliefslich, Labeos Schüler Proculus aber überhaupt nicht dem Eigentümer einräumt, und es daher zumindest zweifelhaft ist, ob Labeo bereits die actio ad exhibendum ohne weiteres habe neben die condictio treten lassen.

Diese Schwierigkeiten sind mit einem Schlage behoben, wenn man zu der zwanglosen und zweifellos richtigen Auslegung der Glosse zurückkehrt. Diese nimmt an, dafs Pomponius das in quaestionem dare — der technischen Bedeutung des dare entsprechend — als Eigentumsübertragung unter der Bedingung seinerzeitiger Rückgabe auffafst, falls sich die Beschuldigung als grundlos herausstellen sollte. Bei dieser Auffassung kann auch nicht an eine bedingte noxae deditio gedacht werden[2]. Labeo dagegen nimmt eine Hingabe ohne Eigentumsübertragung an, weshalb bei unberechtigter Verweigerung der Rückgabe (die Vindikation und) ad exhibendum actio Platz zu greifen hätte. Proculus hingegen kehrt wieder zu der ersten Konstruktion zurück. Er giebt die Auffassung Labeos stillschweigend zu und meint nur, si fecisses eius hominem, könnte auch auf dare oportere, jedoch nicht ad exhibendum

---

[1] Pernice, Labeo I S. 89 n. 35 und S. 420 n. 15; A. M.: Demelius, l. c. S. 94.

[2] Vgl. Pernice, Labeo III S. 90 n. 3 a. E. gegen Erxleben, Die condictiones II S. 186 f.

geklagt werden, dagegen könnte in dem von Labeo gesetzten Falle auch actio furti angestellt werden. Das endgültige Resultat der Stelle stellt sich demnach so dar, dafs Pomponius und Proculus Eigentumsübergang und demgemäfs condictio (causa data causa non secuta) annehmen. Labeo dagegen setzt Hingabe ohne Eigentumsübertragung voraus und gewährt deshalb actio ad exhibendum, der Proculus aufserdem die actio furti an die Seite stellt. Die Stelle kommt daher für die condictio furtiva nur insoweit in Betracht, als sie lehrt, dafs Proculus solche im Sinne einer condictio des Eigentümers noch nicht anerkannt habe, indem er eine condictio ausdrücklich nur im Falle des Eigentumsüberganges anerkennt. Irrig wäre es aber demnach, aus der Stelle auf Anerkennung der condictio furtiva durch Labeo zu schliefsen[1]. Für das Verhältnis der condictio zur actio ad exhibendum endlich lehrt die Stelle, dafs die condictio des Nichteigentümers mit der actio ad exhibendum niemals in Konkurrenz treten kann, dafs aber die actio ad exhibendum neben der actio furti dort auftreten kann, wo diese vom Eigentümer angestellt wird.

Damit ist zugleich das Quellenmaterial, das zur Darstellung der Kondiktionenlehre des Cassius und Proculus herangezogen werden kann, erschöpft. Es hat immerhin genügt, um darzuthun, dafs die Ausbildung der condictio zur allgemeinen Rückforderungsklage Gemeingut beider von ihnen vertretenen Rechtsschulen wurde.

Soll nunmehr die Fortentwicklung der condictio im weiteren Verlaufe des römischen Rechtslebens verfolgt werden, so bedarf es dazu nicht einer ängstlichen Durchforschung der wenigen Fragmente, die aus den Werken der Rechtslehrer der unmittelbar anschliefsenden Zeit herrühren. Das anschaulichste Bild wird vielmehr gewonnen werden, wenn alsbald jener Jurist zum Worte gelassen wird, der dieser Lehre in der folgenden Zeitperiode die feinste

---

[1] Trampedach, Sav.-Z. R.A. XVII S. 99 n. 2.

Durchbildung angedeihen liefs, zumal sein Standpunkt an einer verhältnismäfsig umfangreichen Stoffmenge kennen zu lernen ist. Dieser Jurist ist Salvius Julianus. Er hat die Kondiktionenlehre nach allen Seiten durchforscht und durchgebildet, und das von ihm geschaffene System der condictio ist — dies soll die spätere Darstellung lehren — während der ganzen Dauer des Formularprozesses nicht mehr verändert worden.

§ 9. Salvius Julianus.

Eine Prüfung der Grundlagen, woraus Julian eine condictio erwachsen läfst, ergiebt, dafs es dieselben sind wie bisher. Auch seine condictio hat, soweit sie nicht ex causa furtiva entspringt, ein Rechtsgeschäft zwischen den Klageparteien zur unumgänglichen Voraussetzung. Gerade ihm ist die Konstruktion der condictio als der Klage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte auf das vollkommenste gelungen. Dieses Negotienprinzip, wenn der Ausdruck gestattet ist, leuchtet aus zahlreichen Entscheidungen Julians hervor, es ist jedoch besonders an drei Stellen klar und deutlich zum Ausdrucke gebracht. In der einen sagt er: condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur[1]. An der zweiten[2] gewährt er die condictio mit dem Hinweise darauf, dafs nulla est emptio, d. h. dafs der abgeschlossene Vertrag nichtig ist, pecuniaque eo nomine condicetur, d. h. auf Grund der Rechtsunwirksamkeit des Geschäftes. An der dritten Stelle[3] endlich, die zwar Julian allerdings nur mit grofser Wahrscheinlichkeit zugerechnet werden kann[4], die aber jedenfalls auch dem Systeme des Marcellus und Ulpian angehört und darum doppelt und dreifach an Wert gewinnt, weil sie für die Kontinuität der Rechtsauffassung in dieser Frage Zeugnis

[1] l. 33 D. 12, 6. Vgl. allerdings Bekker, Aktionen I S. 122 n. 31.
[2] l. 41 § 1 D. 18, 1.
[3] l. 14 D. 12, 1.
[4] Lenel, Paling. I. Julian 186.

ablegt, heifst es: quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset.... Diese Sätze treffen wohl unzweideutig in dem Gedanken zusammen, dafs die condictio ein negotium voraussetze, das im konkreten Falle aus einem dem Kondiktionskläger zu gute kommenden Grunde der Rechtswirksamkeit ermangelt. Dieser Gedanke aber spiegelt sich in jeder einzelnen Entscheidung Julians wieder, sowohl nach seiner positiven Seite, die besagt, dafs die condictio im Falle eines rechtsunwirksamen Geschäftes Platz zu greifen hat[1], wie auch nach seiner negativen Seite, die darin gelegen ist, dafs die condictio nicht statt hat, wenn die scheinbare Rechtsunwirksamkeit thatsächlich nicht vorliegt[2].

Der Begriff dieses negotium aber ist nach Julian ebenso umfassend[3], wie die eine condictio begründende Rechtsunwirksamkeit mannigfaltig. Unter diesen Begriff des negotium fallen nicht nur die obligatorischen Verträge, einseitige nicht minder wie zweiseitige, sondern überhaupt jedes entgeltliche Geschäft[4]. Als Grundlage der condictio genommen scheint dieser Begriff demnach in erster Linie dazu bestimmt, die gewillkürten Rechtserscheinungen von den zufälligen abzugrenzen, die condictio für diese letzteren auszuschliefsen und die Wirkungen der condictio auf die an dem Geschäfte unmittelbar Beteiligten zu beschränken. Dies wird besonders durch die Sorgfalt klar, die Julian auf die Entscheidung der Fälle verwendet, wo an Stelle der eigentlichen Partei ein Vertreter thätig geworden ist[5], oder wo eine Partei auftritt, die keine unbeschränkte Handlungsfähigkeit geniefst[6].

Von besonderem Interesse für die Auffassung Julians

---

[1] l. 39 D. 12, 2; l. 3 § 7 D. 15, 1 u. a. m.

[2] l. 35 D. 12, 6; l. 14 pr. D. 46, 7 u. a. m.

[3] Vgl. Pernice, Labeo I S. 403 ff.

[4] l. 58 pr. D. 24, 1; vgl. Pernice, Labeo III S. 280 f.

[5] l. 7 D. 12, 4; l. 14 D. eod.; l. 58 pr.; l. 59 D. 46, 3; l. 22 D. 46, 8 u. a. m.

[6] l. 19 § 1 D. 12, 1; l. 6 § 3 D. 12, 6; l. 13 D. 26, 8.

vom negotium als Klagefundament der condictio ist ferner die Behandlung, die er der naturalis obligatio in dieser Beziehung angedeihen läfst. Er versagt regelmäfsig die Rückforderung einer auf Grund solcher geleisteten Zahlung[1]. Daraus ergiebt sich die doppelte Schlufsfolgerung, dafs die condictio zwar ein rechtsunwirksames negotium zur Voraussetzung hat, dafs aber die Naturalobligation nicht an sich schon ein solches negotium begründet, das allein darum, weil es nur naturaliter verpflichtet, im Sinne der Rückforderungscondictio rechtsunwirksam wäre.

Dagegen gewährt Julian die condictio, vorausgesetzt, dafs die übrigen Bedingungen hierfür vorliegen, ebenso bei Zahlung einer Nichtschuld[2] wie im Falle der Vertragserfüllung vor Eintritt der einverständlich gesetzten Bedingung[3]. Desgleichen räumt er sie ein wegen Ausbleibens der das negotium bedingenden Voraussetzung[4] oder wegen Wegfalles des Umstandes, um dessentwillen die Vereinbarung zustande gekommen war[5], und endlich auch wegen Unzulässigkeit des Geschäftes, sofern solche nicht auch oder nicht nur dem Kläger zur Last fällt[6]. Bei dieser Mannigfaltigkeit der Anwendungsfälle der condictio ist es um so verwunderlicher, dafs Julian der Systematik der condictio fast gar keine Beachtung geschenkt zu haben scheint. Nur flüchtige Anklänge an systematische Gliederung der condictio, so insbesondere ihre Motivierung mit dem Hinweise auf ein quasi indebitum[7], lassen erraten, dafs Julian diese Frage nicht gänzlich aufser Auge gelassen habe. Mag sein, dafs seine im Vordergrund stehende Beschäftigung mit

---

[1] l. 3 § 7 D. 2, 2; l. 7, l. 16 § 4 D. 46, 1; l. 26 § 12 D. 12, 6; l. 32 § 2; l. 60 pr. D. eod. u. a. m.

[2] l. 37 D. 12, 6; l. 24 § 1 D. 19, 1; l. 46 § 1 D. 23, 3; l. 15 pr. D. 46, 1 u. a. m.

[3] l. l. 39, 40 D. 12, 2.

[4] l. 11 D. 12, 4; l. 4 D. 24, 1; l. 1 § 1 D. 39, 5 u. a. m.

[5] l. 7 D. 12, 4; l. 34 D. 12, 6.

[6] l. 2, l. 5 D. 12, 5.

[7] l. 11 § 7 D. 15, 1; l. 34 D. 46, 3.

dem Edikte des Prätors ihm eine Betonung des systematischen Standpunktes gerade bei der condictio unangebracht scheinen liefs, da der Prätor die Fälle, wo er die abstrakte Formel auf dare oportere zu gewähren geneigt war, nicht in bestimmte Gruppen zerfallen liefs. Jedenfalls liegt darin, dafs der hervorragendste Vertreter der Kondiktionenlehre von ihrer systematischen Ausgestaltung Abstand nahm, ein schwerwiegender Beweis mehr dafür, dafs die in den Digesten überlieferte Einteilung erst von Justinian herstammt.

Julian hält nach alledem die Auffassung der condictio als der Klage aus dem rechtsunwirksamen negotium fest. Zum Beweise dafür sei schliefslich noch seine Behandlung der condictio im Falle einer Mehrheit von Personen auf der einen oder anderen Seite[1] und insbesondere im Falle eines Bürgschaftsverhältnisses[2] herangezogen. Damit ist aber auch die Frage, ob Julian die condictio nicht etwa als Ersatz der Vindikation angesehen habe, von selbst in verneinendem Sinne beantwortet. Zum Überflusse ist sie von Julian ausdrücklich entschieden, denn sein Standpunkt in dieser Frage tritt ganz unzweideutig an jener Stelle[3] hervor, wo er sagt: Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest sed ego si convaluero. Bemerkenswert ist an der Stelle vor allem der verus dominus, der dem Usucapionseigentümer gegenüber gestellt ist. Darin ist vielleicht ein Anklang an den Gegensatz zwischen quiritischem und bonitarischem Eigentume zu erblicken.

Für den vorliegenden Zusammenhang aber verdient es hervorgehoben zu werden, dafs die condictio nicht dem gewesenen Eigentümer, diesem verus dominus eingeräumt ist, sondern dem Dritten, der das Rechtsgeschäft mit dem Beklagten geschlossen hat. Dadurch ist deutlich der Stand-

---

[1] l. 59 D. 46, 3.
[2] l. 19 D. 46, 1; l. 14 D. 46, 7.
[3] l. 13 pr. D. 39, 6.

punkt zum Ausdrucke gebracht, dafs die condictio nicht Ersatz der Vindikation, sondern, gänzlich unabhängig von der Eigentumsfrage, lediglich Klage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte sein soll. Die Stelle bietet ein treffliches Zeugnis dafür, dafs die condictio nur zwischen den unmittelbar Beteiligten wirksam werden und sich nicht auf Rechtsansprüche eines mittelbar Beteiligten gegen einen der beiden Interessenten des Rechtsgeschäftes stützen kann. Die condictio als Ersatz der Vindikation anzusehen verbietet übrigens auch eine einfache Erwägung allgemeiner Natur. Es wäre nämlich in diesem Falle überhaupt nicht einzusehen, warum nicht der verus dominus, der sein Eigentum durch Usucapion eingebüfst hat, regelmäfsig wenigstens innerhalb enger Grenzen mit der condictio sollte durchdringen können. Davon aber ist in den Quellen nirgends auch nur andeutungsweise die Rede. Vielmehr spricht die vorliegende Stelle gerade das Gegenteil aus. Ist aber an dieser Stelle die Ansicht Julians über das Verhältnis zwischen condictio und vindicatio deutlich präcisiert, so lassen auch seine anderen Äufserungen[1], die condictio und vindicatio neben einander stellen, nur die Auslegung zu, dafs die condictio immer nur Klage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte ist und — das Verhältnis umkehrend können wir richtiger sagen — in dieser Funktion nur dann durch die Vindikation verdrängt wird, wenn dem Anfechtenden ein Eigentumsanspruch zusteht, der noch nicht infolge des angefochtenen Geschäftes oder anderweiter hinzutretender Umstände erloschen ist. Eine Abweichung hiervon kann auch nicht in den Grundsätzen gefunden werden, die Julian auf die sogenannte condictio fructuum Anwendung finden läfst. Denn wenn er solche in einem Falle[2] dem Eigentümer einräumt, so hat dies seinen Grund lediglich darin, dafs sie in diesem Falle als furtiva auftritt. Dagegen

---

[1] l. 9 § 1 D. 14, 6; l. 39 D. 24, 1; l. 19 D. 46, 1.
[2] l. 12 § 5 D. 7, 1.

bildet sie in dem zweiten[1] überlieferten Falle gewissermafsen eine Pertinenz der wegen Nichtzustandekommens der Ehe angestellten condictio des fundus dotalis.

Das Reurecht endlich, um die aus der Natur der condictio als einer Geschäftsklage entspringenden Fragen zu erschöpfen, wird von Julian nicht berührt. Aber sein Schweigen ist in diesem Falle ein beredtes, weil eine seiner Entscheidungen die Anerkennung eines Reurechtes, wenn auch nur indirekt, so doch unzweifelhaft in Abrede stellt[2] .... si Titio decem dedero, ut Stichum intra calendas manumitteret, ante kalendas nullam actionem habebo ....

Eine Ausnahme läfst er nur für die Schenkung von Todes wegen gelten. Deren Widerruf läfst er auch zu, während die Bedingung noch in der Schwebe ist[3]. Doch davon später[4].

Kehren wir nunmehr zur prozessualen Gestalt der condictio Julians zurück, so mufs die Frage nach dem Gegenstande der condictio, die Frage, ob sie in allen Fällen eine actio certa gewesen sei, vor allem das Interesse in Anspruch nehmen. Zuvor verdient jedoch eine Erscheinung besondere Beachtung, die im Grunde genommen schon im Zusammenhange mit der Rückforderungsfunktion der condictio betont zu werden erheischt hätte, die aber erst an dieser Stelle erörtert wird, weil ihre Beziehung zu dem Gegenstande der condictio eine besonders enge zu sein scheint. Es ist dies die bemerkenswerte Übung Julians, gewissermafsen auf die Anfänge der Rückforderungscondictio zurückzugreifen, indem er in manchen Fällen, wo man eine condictio zu erwarten geneigt wäre, die Rückforderung der auf Grund eines hinfällig gewordenen Geschäftes erfolgten Leistung mit der jeweiligen Geschäftsklage selbst anstrebt. Zuvörderst mufs nun betont werden, dafs all diese Fälle — es sind im ganzen

---

[1] l. 7 § 1 D. 12, 4.

[2] l. 19 pr. D. 12, 1; vgl. l. 58 pr. D. 46, 3; Gradenwitz, Interpolationen S. 152 f.

[3] l. 16 D. 39, 6.

[4] Vgl. vorläufig Pernice, Labeo III S. 262 n. 3.

deren acht[1] — die Klage aus dem Kaufe und aus der Miete, einmal[2] auch die actio familiae herciscundae zum Gegenstande haben, durchwegs also actiones bonae fidei. Des weiteren aber handelt es sich in diesen Fällen meist nicht um Rückforderung der Leistung, sondern darum, dafs Kläger der übernommenen Verpflichtung ledig werde, um Befreiung von einer Rechtspflicht, um ein incertum[3]. In einem anderen Falle[4] sodann bildet den Gegenstand der Rückforderung eine Nebenleistung, die Julian von der Hauptklage mitumfafst sein läfst, weil die actio ex empto auch dienlich sei ad distrahendam emptionem. Jedenfalls aber ergiebt der Bericht Ulpians nicht, dafs „Julian eine neue Lehre aufstellte“ und „vor ihm“ „die Arrha stets nur mit der condictio zurückgefordert werden“[5] konnte. Vielmehr scheint die Ausdrucksweise Ulpians gerade zu dem umgekehrten Schlusse zu berechtigen, dafs Julian noch die Kontraktsklage dort gewährte, wo Spätere kein Bedenken trugen, zur condictio zu greifen.

In den noch erübrigenden Fällen[6] aber steht nicht so sehr die Rückforderung aus einem rechtsunwirksamen Geschäfte in Frage, als vielmehr der Eintritt des eigentlich Berechtigten in das Geschäft. Im ganzen scheint also das Verhältnis zwischen Geschäftsklage und condictio von Julian in der Weise geregelt, dafs er die condictio dort zur Anwendung kommen läfst, wo die Rückforderung der auf Grund eines unwirksamen Geschäftes erfolgten Leistung selbst, eines certum, bezweckt ist, während er in allen anderen Fällen, wo die Befreiung von einer übernommenen Ver-

---

[1] l. 31 § 1 D. 12, 1; l. 41 pr. § 1 D. 18, 1; l. 11 § 6 D. 19, 1; l. 10 D. 19, 2; l. 15 § 9 D. 19, 2; l. 39 § 2, l. 84 § 5 D. 30; l. 2 § 5 D. 45, 1.

[2] l. 2 § 5 D. 45, 1.

[3] l. 41 pr. § 1 D. 18, 1; l. 15 § 9 D. 19, 2; l. 10 D. 19, 2.

[4] l. 11 § 6 D. 19, 1; vgl. Jacobi, Dogm. Jahrb. IV S. 260 n. 122 Z. 3; Pernice, Labeo III S. 217 n. 2, S. 272 n. 3.

[5] Baron, Abh. I S. 201.

[6] l. 31 § 1 D. 12, 1; l. 39 § 2; l. 84 § 5 D. 30.

pflichtung, der Ersatz des Interesses u. a. m. das treibende Motiv ist, die Geschäftsklage zur Anwendung bringt. — Dies vorausgeschickt, wird das Urteil darüber, was von der Julian an einigen Stellen zugeschriebenen condictio incerti zu halten sei, nicht lange schwanken. Für diese Frage ist es zunächst von Bedeutung, die Bezeichnungen condictio certi und incerti an sich ohne Rücksicht auf die materielle Richtigkeit dieser Unterscheidung auf ihre Echtheit zu prüfen. Nun ist nichts sicherer, als dafs Julian niemals der grammatikalisch verwerflichen Wendung sich bedient haben kann: certi condici eas posse[1]. In dem certi kann hier und an anderen Stellen nur ein Zusatz der Kompilatoren erblickt werden[2]. Damit ist aber auch das Vertrauen in das Widerspiel der condictio certi, in die condictio incerti[3] von vornherein erschüttert. Und es mufs vollends schwinden angesichts der jedes grammatikalischen Gefühles spottenden Wendung „incerti agendo[4]." Wenn nun einmal formelle Bedenken gegen die Scheidung der condictio in eine certi und incerti condictio obwalten, und wenn schon aus formellen Gründen in jeder Stelle, die einer condictio incerti gedenkt, mit Sicherheit eine Interpolation angenommen werden kann, so ist wohl nur mehr ein Schritt zu der Vermutung, dafs die condictio incerti auch in ihrem materiellen Bestande als Produkt der Interpolatorenkunst anzusehen ist. Dieser Schritt soll nunmehr mit Beschränkung auf Julians Digestenaussprüche unternommen werden.

Den „festen und sicheren Boden" der condictio incerti hat zuerst Pernice[5] bewufst ins Schwanken gebracht. Er war hierzu vornehmlich durch den fruchtlosen Versuch

---

[1] l. 17 § 2 D. 25, 2.

[2] Vgl. über die Formeln der condictio certi und incerti: Lenel, E. P. S. 185 f.; Pernice, Sav.-Z. R.A. XIII a. a. O. S. 253 f.; Labeo, III S. 211 n. 2; Dernburg, Pand. I 5. Aufl. S. 308 n. 6.

[3] l. 3 D. 12, 7; l. 46 pr. i. f. D. 23, 3; l. 60 D. 30; l. 19 § 2 D. 43, 26; l. 2 § 3 D. 39, 5.

[4] l. 2 § 4 D. 39, 5.

[5] Labeo, III S. 203 ff.

Lenels[1] angeregt worden, für die Rubrik „si incertum condicetur" den geeigneten Platz im Album des Prätors ausfindig zu machen. Vor nicht langer Zeit hat sodann Trampedach[2], durch eine Vermutung Nabers[3] angeregt, den Anspruch der condictio incerti, der klassischen Rechtsterminologie beigezählt zu werden, nach allen Seiten erwogen, um schliefslich zu einer wesentlichen Einschränkung ihres Anwendungsgebietes zu gelangen. Neuestens endlich hat Pflüger[4] diese gewissermafsen destruktiven Bestrebungen dadurch zum Abschlusse gebracht, dafs er der condictio incerti für das klassische Recht bis auf Justinian schlechtweg jede Existenzberechtigung abspricht. Schon früher war ich auf selbständigem Wege zu diesem Resultate gelangt, das auch Mitteis bereits als wahrscheinlich bezeichnet hatte.

Zunächst können die Bedenken formeller Natur noch vermehrt werden durch den Hinweis auf die actio civilis incerti[5], sowie die vereinzelt stehen gebliebenen actio incerti[6] und actio indebiti[7], die, ein Denkmal der Flüchtigkeit der Kompilatoren, die andern Ortes nicht unterlassene Interpolation in um so hellerem Lichte erscheinen lassen. Nachdem auf diese Weise der kritische Blick geschärft ist, kann an die Untersuchung der materiellen Rechtslage selbst gegangen werden.

Julian kennt nach dem überlieferten Quellenmaterial jedenfalls nur zwei Arten der sogenannten condictio incerti, die sogenannte Liberationscondictio und die condictio possessionis. Die erstere gewährt Julian in nicht weniger als fünf Stellen. Allein sie lassen sich alle ohne grofse

---

[1] E. P. S. 121 f.

[2] Sav.-Z. R.A. XVII S. 97 ff.

[3] Obs. XXV, Mnemosyne 20, S. 315 f.

[4] Sav.-Z. R.A. XVIII S. 75 ff.

[5] Vgl. Pernice, Labeo III S. 207; l. 7 § 2 D. 2, 14; l. 23 D. 10, 3; l. 16 D. 19, 5.

[6] l. 7 § 2 D. 2, 14.

[7] l. 24 pr. D. 19, 1.

Schwierigkeit auf den Thatbestand einer condictio certi, um den unklassischen aber geläufigen Ausdruck zu gebrauchen, zurückführen.

Streicht man in der einen[1] das dreimalige incerti, so bleibt eine auf Acceptilation gerichtete condictio übrig. Von der Acceptilation aber heifst es[2]: nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit. Die acceptilata ist gleich der numerata eine certa pecunia, weshalb auch an jener Stelle ursprünglich vermutlich eine condictio schlechtweg, eine condictio certae pecuniae zu ihrer Rückforderung gewährt war. Einen bekannten Satz variierend kann man wohl sagen: solvit qui acceptum fert, womit die Acceptilationscondictio unserer Stelle von selbst als condictio certi sich charakterisiert[3]. Dieselbe Bewandtnis hat es mit zwei weiteren Stellen[4], die deshalb von besonderem Interesse sind, weil nur die eine[5] den Zusatz incerti enthält, wiewohl die andere nicht nur denselben Thatbestand aufweist, sondern auch demselben Autor angehört. Sie sind daher besonders geeignet, die Interpolation des incerti in die Augen springen zu lassen[6]. Die Ausdeutung ihres materiellen Inhaltes auf eine condictio certi ist bereits durch den Hinweis auf ihren Parallelismus mit der zuerst besprochenen Stelle gegeben. „Das besondere an den beiden Stellen“ findet Pflüger[7] mit Recht nur darin, „dafs das Versprechen des Delegaten hier ausnahmsweise als Zahlung an den Delegatar“ „behandelt und darauf die condictio unmittelbar gegen den Delegatar gegründet wird.“ Der Grund hierfür ist wohl der, dafs die mit der Klage des Delegaten erstrebte Acceptilation nur von dem Delegatar erreicht werden kann, dem gegenüber er promittiert hat.

---

[1] l. 3 D. 12, 7.

[2] l. 10 i. f. D. 12, 4. Vgl. Bekker, Aktionen, I S. 109 n. 29.

[3] Vgl. Trampedach, l. c. S. 113, 114 f; Pflüger, l. c. S. 98.

[4] l. 2 §§ 3 u. 4 D. 39, 5 und l. 7 pr. § 1 D. 44, 4.

[5] l. 2 cit.

[6] Trampedach, l. c. S. 136.

[7] l. c. S. 91.

Immerhin ist es auffallend, daſs sich Salpius[1] diesen besonderen Fall dort entgehen läſst, wo er das aus der Delegation entspringende Verhältnis zwischen Delegaten und Delegatar erörtert.

Die Interpolation der l. 46 D. 23, 3 sodann hat Pernice[2] unter dem Beifalle Pflügers[3] bereits überzeugend dargethan, so daſs es genügen kann, das Resultat hierher zu setzen, wonach ursprünglich „die Frau“ „sofort die auf Grund der nichtigen Diktion übergebenen Gegenstände selbst in Anspruch“ nahm „natürlich mit condictio certi“. Ebenso konnte die Interpolation der l. 18 § 1 D. 39, 6 bereits von Pernice[4] auf Grund ihrer Vergleichung mit der parallelen Stelle aus Gaius' Ediktskommentar erwiesen werden. Auch sie handelte „im Sinne Julians und Gaius'“ von einer condictio certae pecuniae nach dem Satze solvit qui delegat[5]. Damit ist die condictio liberationis aus dem Systeme Julians vollends ausgeschieden. Dieses Resultat muſs aber um so mehr als ein befriedigendes bezeichnet werden, als Julian in anderen Fällen, wie gezeigt, gerade dort, wo es sich nicht um einfache Rückforderung einer Leistung, sondern um Befreiung von einer übernommenen Vertragsverbindlichkeit überhaupt handelt, regelmäſsig nicht die condictio, sondern die Vertragsklage selbst gewährt.

Die condictio liberationis Julians kann demnach, soweit sie nicht als condictio acceptilationis oder delegationis, wenn diese barbarischen Ausdrücke gestattet sind, nur eine Spielart der condictio certae pecuniae darstellt, den Kompilatoren zugerechnet werden. Nicht besser steht es aber um Julians condictio possessionis. Trampedach[6] meint zwar: „Mit einiger Sicherheit erscheint die condictio possessionis bei übertragenem Besitze“ in einem Falle

---

[1] Novation und Delegation, 1864, §§ 13 u. 14.
[2] Labeo, III S. 206 n. 1.
[3] l. c. S. 101.
[4] Labeo, III S. 282 n. 4.
[5] Pflüger, l. c. S. 93.
[6] l. c. S. 103.

Julians[1]. Allein zwei anderen bisweilen hierher gezogenen Stellen[2] erkennt auch er schon den Charakter der condictio possessionis nicht zu, will vielmehr ihre Thatbestände im Einklange mit der herrschenden Meinung[3] als solche einer condictio rei angesehen wissen. Die condictio possessionis nun wäre unzweifelhaft incerta, denn sie wäre nicht gerichtet auf den Wert der Sache selbst, sondern auf „quanti actoris interest possidere[4]“. Mit ihr müfste daher auch die feinsinnige Unterscheidung zwischen dem Kondiktions- und Interdiktsschutze des Besitzes fallen, wonach die condictio Platz greifen soll, wo das Erwerben und Haben des Besitzes ohne einen rechtlichen Erwerbsgrund stattfindet, wo der Besitz Gegenstand der Klage ist, das Interdikt dort, wo den Rechtsgrund der Rückforderung die positive Handlung bildet, die zur Besitzentziehung führte, wo der Besitz Grund der Klage ist[5].

Nun ist aber nichts gewisser als dafs die in Frage stehende Stelle[6] Julians verderbt ist: Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possimus, sed et incerti condictione id est praescriptis verbis.

Die Unechtheit der Schlufsworte id est u. s. w. hat bereits Gradenwitz[7] mit einer über jeden Zweifel erhabenen Gründlichkeit erwiesen. Dafs es ebensowenig ursprünglich „incerti condictione“ geheifsen haben kann, mufs auf Grund der voraufgehenden Ausführungen als erwiesen angenommen werden. Dafs aber die condictio überhaupt nicht von Julian geschrieben worden sein kann, ergiebt

---

[1] l. 19 § 2 D. 43, 26.

[2] l. 13 pr. D. 39, 6; l. 33 D. 12, 6.

[3] Vgl. Jhering, Abhandlungen I S. 22 ff.; Brinz, Pand. II S. 509 n. 23.

[4] Vgl. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter, S. 31.

[5] Vgl. Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechtes, S. 187.

[6] l. 19 cit.

[7] Interpolationen S. 128.

der Vergleich mit jenem Paulinischen Satze[1], der mit Bezug auf das interdictum de precario besagt: nulla eo nomine iuris civilis actio. Der Schlufssatz sed et u. s. w. mufs daher gänzlich fallen gelassen werden, dafern man nicht geneigt ist, mit Pflüger[2] statt dessen zu lesen: sed et uti possidetis et utrubi. Jedenfalls aber ist mit dem Wegfalle dieser Stelle der schöne Traum von der condictio possessionis wenigstens für Julian ausgeträumt.

Eine Sonderstellung nimmt endlich die sogenannte condictio indebiti quasi plus debito soluti ein, die bis vor kurzem ein selbständiges, wenn auch kümmerliches Dasein gefristet hat. Julian gewährt sie in einem schon in anderem Zusammenhange berührten Falle[3]: Quod si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet quasi plus debito solverit. Pflüger[4] hat die Stelle in höchst einfacher, aber darum nicht weniger glaubhafter Art auf den Thatbestand einer condictio certae rei zurückgeführt. Streicht man nämlich das zweifellos interpolierte incerti, so bleibt, mag man nun den Schlufs quasi u. s. w. als echt oder als Zusatz der Kompilatoren ansehen, eine condictio certae rei übrig. Kläger mufs nämlich nach Pflüger „nun die domus selbst condicieren“ und dadurch „mittelbar“ „den nachträglichen Ersatz der Verwendungen erzwingen“. Dadurch ist er auf einen anderen vielleicht langwierigeren Weg gewiesen, den später Marcellus in einem ähnlichen Falle[5] thatsächlich einschlägt. Auch Marcian läfst in der schon berührten l. 39 D. 12, 6 ebenfalls das Fideikommifs selbst von der condictio ergriffen werden, das ohne Kautionsstellunng zur Auszahlung gelangt war. Von einem Fideikommifs dürfte aber auch die vor-

---

[1] l. 14 D. 43, 26.

[2] l. c. S. 110.

[3] l. 60 D. 30. Vgl. einerseits l. 40 § 1 D. 12, 6, andererseits l. 33 D. 12, 6 und dazu Bekker, Aktionen, I S. 108 n. 26.

[4] l. c. S. 86.

[5] l. 26 § 4 D. 12, 6; vgl. Pernice, Labeo III S. 249.

liegende Stelle Julians gehandelt haben[1]. Anderen Falles wäre anzunehmen, dafs die hier gewährte condictio sofort auf die Impensen selbst gerichtet werden konnte[2], deren Wert vermutlich von vornherein bestimmt war und daher einer bestimmten Summe Geldes gleich kam. In diesem Falle trug die condictio impenserum von vornherein den Charakter einer condictio certae pecuniae an sich, die des Umweges über die Rückforderung zunächst der Sache selbst entraten konnte und die Gefahr der plus petitio ausschlofs. Jedenfalls kann aber die Interpolation des incerti und der Charakter der fraglichen condictio als einer certa als feststehend angenommen werden.

Damit ist jedoch die condictio incerti nicht nur formell, sondern auch materiell aus dem Systeme Julians vollends hinausgewiesen, und das certum bleibt als allein möglicher Gegenstand der Julianischen condictio übrig. Fraglich könnte es nur sein, was unter dem certum dieser Klage zu verstehen ist. Dafs das Urteil allemal auf Geld, nicht auf die Sache selbst abgestellt war, kann für die Zeit des Formularprozesses nicht mehr zweifelhaft sein. Zweifelhaft kann nur sein, ob Kläger in seiner Klage sofort nach Willkür aut rem aut tantundem verlangen konnte. Allein auch diesen Zweifel behebt Julian, indem er entscheidet[3]: Si filio familias res mortis causa data fuerit et convaluisset donator, actionem de peculio cum patre habet: at si pater familias, cum mortis causa donationem accepisset, in adoptionem se dederit, res ipsa a donatore repetitur. nec huic similis est is, qui rem, quam mortis causa acceperat, alii porro dederit: nam donator huic non rem sed pretium eius condicet. Darin ist fürs erste wiederum zum Ausdrucke gebracht, dafs die condictio nur zwischen den Kontrahenten selbst wirkt. Eine scheinbare Erweiterung der Passivlegitimation kann nur dadurch eintreten, dafs der Beklagte ein Gewaltunterworfener ist, indem dann der Gewalthaber

---

[1] Lenel, Paling. I. Julian n. 551; Pernice, Labeo III S. 245 f.
[2] Pernice, Labeo III S. 250 n. 6.
[3] l. 19 D. 39, 6.

an seiner Statt belangt wird. Es ist aber ferner unzweideutig erklärt, dafs die condictio auf rem ipsam gerichtet werden müsse, wenn sich die Sache noch im Besitze des Beklagten befindet, dagegen auf das pretium, wenn sie aus dem Besitze des Geklagten gekommen ist. Nicht ein Wahlrecht, sondern gewissermafsen eine Erkundigungspflicht des Klägers ist damit statuiert. Den scheinbaren Widerspruch mit einer anderen Stelle[1], wo Julian für den letzteren Fall bestimmt: pretii condictionem donator habebit, si convaluisset et hoc donator elegerit, alioquin et ipsum servum restituere compellitur, hat bereits die Glosse[2] befriedigend gelöst, indem sie unter der Restitution des Sklaven selbst in diesem Falle nicht Naturalrestitution, sondern veram rei aestimationem im Gegensatze zu dem bald höheren bald niedrigeren Kaufpreise verstanden wissen will. Das den Gegenstand der condictio ausmachende certum aber ist, wie es dem Charakter der Rückforderungsklage entspricht, das, was aus Anlafs des rechtsunwirksamen Geschäftes hingegeben wurde, und zwar alles, was hingegeben wurde, nicht nur das, was in diesem oder jenem mafsgebenden Prozefsstadium noch vorhanden ist, kurzum die Leistung an sich, nicht die durch das Geschäft verursachte oder gar nur die noch vorhandene Bereicherung[3]. Nur das kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein, welcher Zeitpunkt für die Bewertung des Streitgegenstandes zu Grunde zu legen ist[4]. Die condictio Julians ist nicht Bereicherungsklage, weder in dem Sinne, dafs sie grundsätzlich auf Herausgabe der Bereicherung beschränkt wäre, noch auch in dem Sinne, dafs eine etwaige Bereicherung nur mit condictio ausgeglichen werden könnte. Denn die condictio erscheint nur ausnahmsweise auf die Bereicherung beschränkt[5], wo die Natur des der condictio unterliegenden Rechtsgeschäftes

[1] l. 37 § 1 D. 39, 6.
[2] Gl. ipsum servum ad h. l.
[3] ll. 34, 35, 37 D. 12, 6; l. 11 § 7 D. 15, 1; l. 2 pr. D. 12, 5 u. a. m.
[4] l. 22 D. 12, 1.
[5] l. 39 D. 24, 1.

solche Beschränkung erheischt; diese Beschränkung haftet **ferner** nicht der condictio allein an, sondern tritt im Gefolge auch jeder anderen Klage auf, die aus solchem diese Haftbeschränkung bedingenden Rechtsanspruche entspringt[1]. **Nicht** die betreffende Klage ist daher eine Bereicherungsklage, sondern das sie erzeugende Geschäft ist in solchem Falle auf einen Bereicherungsanspruch restringiert. Die condictio an sich ist nicht Bereicherungs- sondern Rückforderungsklage.

Im Anschlusse an die Frage nach dem Gegenstande der condictio taucht jedoch sofort eine zweite auf. Es ist die nach der Möglichkeit und Zulässigkeit einer anderen Klage neben der condictio auf denselben Gegenstand, die Frage der Klagenkonkurrenz vom Standpunkte der condictio aus betrachtet. Gleich hier sei zur Aufklärung bemerkt, dafs die sogenannte condictio generalis, d. h. jene condictio, die jede andere Klage, dafern sie nur auf ein certum gerichtet ist, zu vertreten geeignet sein soll, in keiner der auf Julian zurückgehenden Digestenstellen sich findet. Die Ausführungen hierüber können daher einem späteren Zusammenhange vorbehalten bleiben. Die einschlägigen Fragmente aus Julians Werken sind lediglich solche, die eigentliche Klagenkonkurrenz zum Gegenstande zu haben scheinen. Eine davon behandelt den Fall der mit einer actio adiecticiae qualitatis konkurrierenden condictio, die den Romanisten lange Zeit die gröfsten Schwierigkeiten bereitet hat[2]: Si institorem servum dominus habuerit, posse dici Julianus ait etiam condici ei posse, quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit.

Die zahlreichen Erörterungen, die sich an diese und die zugehörigen Stellen[3] geknüpft haben, lassen sich auf zwei Grundtypen zurückführen. Die eine, ältere versteht

---

[1] l. 5 § 2 D. 3, 5; l. 52 D. 6, 1; l. 18 D. 4, 2.

[2] l. 29 D. 12, 1.

[3] Zusammengestellt bei Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht, S. 259 ff.

unter dieser condictio nur eine solche, die auf den für eine der condictiones sine causa erforderten Voraussetzungen beruht. Die andere, jüngere erblickt darin eine auf die verschiedensten obligatorischen Verpflichtungen anwendbare Klage[1]. Weder die eine noch die andere Anschauung wufste aber bis in die jüngste Zeit einen zureichenden Grund dafür anzugeben, dafs die direkte condictio wider den Gewalthaber an Stelle der adjekticischen Klage sollte treten können. Nunmehr hat Pernice[2] den Grund darin gefunden, dafs dem iussus von altersher civilrechtliche Verpflichtungskraft zukam; eine Erklärung, die sich insbesondere auch des Beifalles Barons[3] erfreut. Neuestens jedoch hat diese ansprechende Lösung eine wesentlich veränderte und glaubwürdigere Gestalt durch die Ausführungen von Mitteis[4] gewonnen, der eher den umgekehrten Hergang anzunehmen geneigt ist: „die prätorische actio quod iussu ist, wie so manche andere prätorische Rechtsinstitute, ins Civilrecht recipiert worden. Da die Haftung des Jubenten nach prätorischem Rechte eine ganz regelmäfsige war, fand man zuletzt sogar ein civiles dare oportere gegründet.“ Diese condictio aber ist nicht die sogenannte condictio generalis, sondern die aus dem Darlehen entspringende Klage, vielleicht auch eine der condictiones sine causa, die auf Grund des der Präposition eines Institors innewohnenden iussus unmittelbar gegen den Präponenten selbst angestrengt werden kann. Nicht eine Konkurrenz der condictio mit einer anderen Klage liegt daher vor, sondern gewissermafsen eine Konkurrenz der condictio mit sich selbst, indem sie im Falle eines iussus statt adjekticisch auch direkt gegen den Gewalthaber angestellt werden kann. Nur darin also liegt die in dieser Stelle hervortretende Neuerung, dafs aus einem

---

[1] Vgl. Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht, II S. 336 n. 3; Baron, Abhandl. I S. 242.

[2] Labeo I S. 504 ff.; Labeo III S. 23. Vgl. auch Bekker, Aktionen, I S. 155 n. 69.

[3] l. c. S. 246 ff.

[4] Dogm. Jahrb. XXXIX a. a. O. S. 171 ff.

kondiktionenrechtlichen Thatbestande, der zwischen einem Gewaltunterworfenen und einem Dritten zustande kam, im Falle eines ausdrücklichen oder stillschweigenden iussus des Gewalthabers dieser auch der direkten Klage verfangen ist. Die hier gewährte condictio gewinnt daher nur in dem Sinne generelle Bedeutung, dafs, was hier von der condictio ausdrücklich gesagt ist, beim Zutreffen der übrigen vorerwähnten Voraussetzungen offenbar auch von jeder anderen Klage gilt: Wenn der Thätigkeit des Gewaltunterworfenen ein iussus des Gewalthabers zu Grunde liegt, soll die einem Dritten daraus erwachsende Klage in allen Fällen auch gegenüber dem Gewalthaber unmittelbar und direkt zustehen. Nicht die Gewährung der condictio bildet also den wesentlichen Inhalt der Stelle, sondern der darin zum Ausdrucke gebrachte Gedanke, dafs der iussus den Gewaltunterworfenen zum direkten Stellvertreter macht, die Möglichkeit direkter Stellvertretung durch den Gewaltunterworfenen im Wege des iussus. Will man daher nicht mit Mitteis annehmen, dafs der Entscheidung Julians ein konkreter Darlehensfall zu Grunde gelegen sei, so liegt die Vermutung nahe, dafs es sich um den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes gehandelt habe, des Satzes nämlich, dafs der iussus direkte Stellvertretung begründe. Im Sinne Mitteis' wäre die Stelle ein Pendant zu einem Ausspruche Labeos oder Javolenus'[1], in dem zuletzt vertretenen Sinne dessen Verallgemeinerung. Nur müfste in diesem Falle angenommen werden, dafs Paulus-Julian an Stelle von condictio ursprünglich von actio überhaupt gesprochen haben. Eine Annahme, die keinen grofsen Schwierigkeiten begegnen kann, da die Verdrängung der actio durch die condictio den Kompilatoren auch anderwärts unbedenklich schien[2].

Ebensowenig wie die soeben besprochene ist auch eine zweite Julian angehörende Stelle geeignet, die Meinung zu stützen, als ob die condictio mit anderen Klagen in

[1] l. 84 D. 17, 2; Mitteis, l. c. S. 172 f.
[2] Vgl. Pernice, Labeo III S. 205 n. 1.

Konkurrenz treten könnte, die denselben Erfolg bezwecken. An jener Stelle[1] heifst es: quamvis enim condictione hominem, poenam autem furti actione consecutus sit, tamen et quod interest debebit consequi actione servi corrupti. Damit scheint lediglich zum Ausdrucke gebracht, dafs die condictio immer nur rem impam, immer nur ein certum erstreben könne. Wenn aufserdem der Ersatz des Interesses erlangt werden solle, so könne dies nur mit Hilfe einer anderen Klage geschehen. Die Stelle behandelt daher nur den Fall einer sog. unvollkommenen Klagenkonkurrenz, indem sie das Verhältnis mehrerer Klagen entscheidet, die zwar aus demselben Rechtsgrunde entsprungen, aber auf wesentlich verschiedene Gegenstände gerichtet sind.

Ist aber in diesen Stellen alles niedergelegt, was Julian über die Konkurrenz der condictio mit anderen Klagen sagen zu können glaubte, so erübrigt nur der Schlufs, dafs er in der condictio die Rückforderungsklage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte erblickte, die auf Rückgabe eines certum gerichtet in dieser ihrer Funktion weder von einem anderen Rechtsmittel verdrängt zu werden noch auch über diese Wirkungssphäre hinaus an die Stelle einer anderen Klage zu treten vermag. Nach alledem hat daher die condictio durch Julian nicht so sehr eine extensive als vielmehr eine intensive Durcharbeitung erfahren. Das Anwendungsgebiet der condictio ist durch Julian weniger erweitert als vertieft worden. Dementsprechend hat sie auch ihrer rein formalen Gestalt nach keine Änderung erfahren. Nach wie vor ist die Formel der condictio eine abstrakte[2]. Nach wie vor ist das ihr eigentümliche Verfahren, in Sonderheit die Bedeutung des ius iurandum in iure[3], sich gleich geblieben. Nach wie vor ist die condictio eine einheitliche Klage, sowohl dem Gegenstande, wie auch dem Namen nach; wenigstens bieten die Quellen keinen Anhaltspunkt für eine gegenteilige Annahme.

---

[1] l. 11 § 2 D. 11, 3.

[2] l. 9 § 6 D. 12, 2; l. 42 pr. D. eod.; l. 2 § 7 D. 13, 4.

[3] l. 9 § 6 cit.; l. 13 § 2 D. 12, 2; l. 42 pr. cit.

So ist nur noch, um die Lehre Julians von der condictio nach allen Seiten erschöpfend zur Darstellung zu bringen, die Sonderfigur der condictio furtiva im Lichte Julians zu betrachten. Subjekt und Objekt der condictio furtiva und alles, was darauf Bezug hat, sind denn auch von Julian in eingehender Weise erörtert worden.

Die Subjekte der condictio furtiva anlangend, gilt es Julian bereits als unverbrüchlicher Grundsatz, dafs sie nur gegen den Dieb selbst und gegen diesen allein zuständig ist, sowie auch, dafs sie nur vom Eigentümer angestellt werden darf. Nur vom Eigentümer. Dies bringt Julian dadurch klar zum Ausdruck, dafs er beim Diebstahle einer verkauften Sache die Aktivlegitimation zur condictio furtiva davon abhängig macht, ob die verkaufte Sache bereits tradiert ist oder nicht[1]. Nur vom Eigentümer. Falls aber diesem die notwendige Prozefsfähigkeit fehlt, vom Tutor oder Kurator, doch eius nomine[2]. Nur vom Eigentümer. Wenn daher ein servus furtivus unter einer Bedingung legiert ist, während des Obschwebens der Bedingung vom Erben, existente condicione dagegen vom Legatar[3]. Nur gegen den Dieb. Gegen diesen aber auch, wenn er impubes ist[4]; ein deutlicher Beweis dafür, dafs auch Julian die condictio furtiva nicht als Deliktsklage ansieht. Nur gegen den Dieb, doch auch gegen den räuberischen Dieb[5]. Interessant ist es aber, dafs Ulpian diese Ausdehnung der condictio furtiva auf den qui vi bonorum raptorum tenetur gerade auf Julian zurückführt. Denn dadurch wird jedenfalls die Vermutung unterstützt, dafs die actio vi bonorum raptorum die ältere gewesen sei. Damit scheint aber eine Instanz mehr gewonnen gegen die schon als irrig bezeichnete Meinung Ulpians[6]; dafs der

[1] l. 14 pr. D. 47, 2.
[2] l. 57 § 4 D. 47, 2.
[3] l. 14 pr. D. 13, 1.
[4] l. 24 D. 47, 2.
[5] l. 10 pr. u. § 1 D. 13, 1.
[6] l. 3 § 27 D. 47, 8.

Prätor die actio vi bonorum von Anfang an deshalb nicht gegen die Erben gehen liefs, quia putavit sufficere condictionem.

Gegenstand der condictio furtiva ist die res ipsa oder deren Wert, doch nur die eine oder der andere, je nach Lage des Falles, niemals beides zusammen[1]. Wenn es daher an einer Stelle[2] heifst: id venire in condictionem certum est quod intersit agentis, so will dies, wie der Zusammenhang lehrt, nicht sagen, dafs die condictio in diesem Falle auf das incertum des Interesses gerichtet ist. Vielmehr ist damit nur ein Fingerzeig für den iudex gegeben, welchen Mafsstab er seinem Spruche zu grunde zu legen habe, der die Restitutionspflicht des Verurteilten überhaupt zum Ausdrucke bringt, nämlich die res cum sua causa[3].

Eine besondere Stellung in der Lehre Julians von der condictio furtiva nimmt endlich der ihm von Paulus in den Mund gelegte Ausspruch[4] ein: Julianus ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem condictionem in peculium respondit. Die Stelle erinnert ihrer Ausdrucksweise nach an die schon besprochene l. 3 § 12 D. 15, 1. Sie unterscheidet sich von dieser jedoch dadurch, dafs sie die Klage gegen den Gewalthaber zwar in peculium gewährt, nicht aber nur in quantum locupletior (pater) factus esset. Andererseits verrät sie auch engen Zusammenhang mit einem anderen Fragmente[5] des Paulus: si filia familias res amoverit, ... de peculio dandam actionem. Erwägt man nun, dafs die Wendung quae res amovit an sich schon eher eine actio rerum amotarum als die condictio erwarten läfst, und dafs Julian von der civilrechtlichen condictio schwerlich gesagt haben dürfte dandam condictionem, so liegt die Vermutung einer Interpolation nahe. Es dürfte daher ursprünglich wohl geheifsen haben: dandam in patrem actionem

[1] l. 11 § 2 D. 11, 3; l. 14 D. 13, 1.
[2] l. 3 D. 13, 1.
[3] Vgl. Brinz, Pand. II S. 523 n. 4.
[4] l. 19 D. 13, 1; s. oben S. 78 n. 4.
[5] l. 3 § 4 D. 25, 2.

(rerum amotarum) in peculium. Erst die Kompilatoren haben aus der actio eine condictio gemacht.

Diese Ausführungen mögen den Beschlufs der exegetischen Untersuchung bilden. Eine Fortführung der Exegese durch die überrestlichen Schriften aller überlieferten Autoren würde nur zu ermüdenden Wiederholungen Anlafs geben, ohne dafs sie wesentlich neue Ergebnisse zu Tage fördern könnte. Als leitender Gesichtspunkt für die nun folgende, allgemeine Untersuchung des Wirkens der condictio während der noch erübrigenden Herrschaftsdauer des Formularprozesses aber kann der Satz gelten, dafs der von Julian teils eroberte, teils befestigte Standpunkt während dieser ganzen Zeit keine grundsätzliche Änderung erfahren hat.

Der Standpunkt Julians ist kein neuer, er ist von ihm nur befestigt worden. Denn diesen Standpunkt haben schon Labeo, Mela und Sabinus sowie deren Schüler, wenn auch vielleicht nicht mit derselben Deutlichkeit, vertreten. Er ist auch nicht von Celsus verlassen worden. Wohl meint dieser[1]: non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest) sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum. Damit tritt er allerdings der Negotientheorie als solcher, ihrer juristischen Konstruktion entgegen[2]. Allein er thut damit nichts anderes wie Gaius, der dem distrahere negotium ebenfalls keinen Geschmack im Sinne der Negotientheorie abzugewinnen vermag. Er greift statt dessen auf das bonum et aequum zurück. Es liegt jedoch angesichts des konkreten Falles, an den er diese Kontroverse knüpft, kein Grund vor zu der Annahme, dafs er dadurch eine erweiterte Anwendbarkeit der condictio gegenüber den Vertretern der Negotientheorie zum Ausdrucke bringen wollte[3].

---

[1] l. 32 D. 12, 1.

[2] Vgl. über den Gegensatz zwischen Julian und Celsus: Krüger, Quellen, S. 169.

[3] A. M.: Pernice, Labeo III S. 218.

Julians Standpunkt ist aber auch später nicht mehr verlassen worden. Denn wenn Pomponius die condictio einmal[1] aus einer tacita obligatio hervorgehen läfst, so hat er damit wohl Anlafs gegeben zu der lange herrschenden Annahme, dafs die condictio auf einem stillschweigenden Vertrage beruhe. Allein er kann für diesen Irrtum um so weniger verantwortlich gemacht werden, als seine Ausdrucksweise nicht ausschliefst, dafs er unter der tacita obligatio nichts anderes verstanden wissen wollte als Julian unter seinem Begriffe des Negotiums[2], ganz abgesehen davon, dafs die Echtheit der Worte zumindest fraglich[3] ist. Am wenigsten vermag aber gegen die Theorie Julians der Ausspruch Papinians[4] ins Feld geführt zu werden: haec condictio ex aequo et bono introducta. Denn damit soll offenbar nur der allgemeine Entstehungsgrund, nicht der Klagegrund im einzelnen Falle charakterisiert werden. Dagegen macht sich allenthalben die Erscheinung bemerkbar, dafs „auch die Späteren“ „die condictio indebiti nicht ohne weiteres“ gestatten, „wo eine thatsächliche Bereicherung ohne Verpflichtung dazu eingetreten ist“[5]. Insbesondere steht auch noch Ulpian auf dem Standpunkte der Negotientheorie. Als Beleg dafür mögen neben der eingangs erwähnten Stelle auch seine Worte[6] gelten: repetitio locum habebit; negotium enim contractum est inter eos.

Die Rückschlüsse aber, die sich aus den gewonnenen Resultaten auf den Rechtszustand der voraufgehenden Zeit ziehen lassen, die zwischen die Thätigkeit des Cassius und Proculus auf der einen und Julians auf der anderen Seite fällt, können vorerst nur in beschränktem

---

[1] l. 13 § 2 D. 13, 6.

[2] Vgl. Trampedach, Sav.-Z. R.A. XVII S. 118; A. M.: Pernice, Labeo III S. 247 n. 1; Bekker, Aktionen, I S. 116 n. 14.

[3] Vgl. Pernice, Labeo III S. 247 n. 1.

[4] l. 66 D. 12, 6. Dazu: Bekker, Aktionen, I S. 117 n. 25.

[5] Pernice, Labeo III S. 247 f. und die dort angeführten Digestenstellen.

[6] l. 2 pr. D. 12, 6.

Mafse Anspruch auf Zuverlässigkeit machen. Sie können es, insofern sie sich auf jene im Gefolge der condictio auftretenden Erscheinungen beschränken, die Julian ausdrücklich in den Kreis seiner Erörterungen gezogen hat. Sie können es dagegen überall dort nicht, wo Julian sich in einfaches Schweigen gehüllt hat. Denn wir haben es, wie überall in den Digesten, so auch bei Julian, nur mit willkürlichen Auszügen aus seinen Werken zu thun. Es entzieht sich daher unserer Beurteilung, welche und ob nicht oft sehr wichtige Dinge aus diesem oder jenem Werke uns vorenthalten sind. Berechtigt nun auch solches Schweigen nicht ohne weiteres zu dem Schlusse, dafs Julian diese oder jene von ihm nicht erwähnte Erscheinung dennoch gekannt habe, so ist doch auch der Schlufs nicht geraten, dafs sein Schweigen mit der Nichtanerkennung oder dem Nichtvorhandensein dieses oder jenes Institutes sich decke. Die Lehre Julians, wie sie sich aus dem überlieferten eng begrenzten Materiale heraus krystallisiert, läfst daher zunächst keinen Schlufs zu auf den Bestand oder Nichtbestand der sogenannten condictio generalis zu Julians oder in der vorhergehenden Zeit. Die Beantwortung dieser Frage mufs deshalb ihrer ganzen Ausdehnung nach der allgemeinen Untersuchung vorbehalten bleiben. Dagegen erkennt Julian das Reurecht ausdrücklich nicht an. Folglich mufs dieses, zumal seine Ablehnung rundweg und ohne Vorbehalt geschieht, auch für die ganze vorhergehende Zeit in Abrede gestellt werden. Ebenso verhält es sich mit der condictio incerti. Sie hat sich in ihrer doppelten Gestalt der condictio liberationis und der condictio possessionis im Systeme Julians als Machwerk der Kompilatoren erwiesen. Es liegt daher kein Grund vor, sie auch in anderen Fällen vorerst wenigstens für die frühere Zeit als echt anzuerkennen. Vielmehr spricht alles dafür, dafs sie auch dort überall nicht dem Ideenkreise des betreffenden Juristen angehörte, sondern erst durch Tribonian hineingetragen wurde.

In der That findet sich denn auch die condictio incerti

nur einmal von einem älteren Juristen anerkannt[1]: Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est. Allein die Lösung dieses Widerspruches ist eine einfache, wenn man an Stelle des pignus die fiducia denkt. Diese Annahme kann für die Zeit Aristos nicht schwer fallen. Damit wird, da die Interpolation des incerti wohl von vornherein als feststehend angenommen werden kann, die condictio von selbst zur condictio furtiva des fiduciarischen Eigentümers. Will man aber daran Anstoſs nehmen, daſs sich Neratius für diesen selbstverständlichen Fall auf die Gewährschaft Aristos berufen zu müssen glaubt, so steht eine zweite, von Pflüger[2] vorgeschlagene Auslegung offen. Danach hätte auch schon Aristo pignus geschrieben und die condictio, natürlich nicht incerti, mit vollem Bewuſstsein dem Pfandgläubiger gegeben, da die auf dare oportere abgestellte „Intentio in der Hand des Faustpfandgläubigers eigentlich noch weniger falsch" erscheinen muſste, „als in der des Eigentümers". In diesem Falle wäre Aristos Anschauung als eine Nachwirkung der ursprünglichen, von Sabinus vertretenen Lehre anzusehen, wonach die condictio furtiva nicht auf den Eigentümer beschränkt war, sondern sich nach der Zulässigkeit der actio furti bestimmte. In keinem Falle aber ist anzunehmen, daſs Aristo an eine incerti condictio gedacht habe[3].

Die condictio generalis und die condictio incerti sind aber die beiden Erscheinungen, die sich allein als ausgedehntere Anwendungsformen der condictio seit Sabinus

---

[1] l. 12 § 2 D. 13, 1.

[2] l. c. S. 112; vgl. Glück, Kommentar, XIII. S. 224 n. 12; Bruns, Besitzklagen, S. 119; Bekker, Aktionen, I S. 109 n. 31; Pernice, Labeo III S. 210 n. 2; Brinz, Pand. II S. 509 n. 23, S. 526 f. und n. 27; Trampedach, l. c. S. 99 ff.

[3] Genau genommen fällt auch die Wirksamkeit des Celsus in die vorjulianische Zeit; doch kann er auch als Zeitgenosse Julians gelten, daher werden die auf ihn zurückgehenden Stellen erst im allgemeinen Abschnitte über die condictio incerti besprochen.

darstellen würden. Die condictio furtiva sowohl wie die verschiedenen Fälle der Rückforderungscondictio haben sich bereits bei Sabinus, Cassius und Proculus zumindest angedeutet gefunden. Jene beiden Neuerscheinungen aber sind, die eine wahrscheinlich, die andere jedenfalls, auch dem Rechte der Julianischen Zeit fremd geblieben. Als Charakteristik der Kondiktionenlehre für diese ganze Zeit ergeben sich demnach die beiden Momente der Stabilität und Kontinuität der Rechtsbildung. Die condictio ist sich in dieser Zeit ihrem Wesen nach vollkommen gleich geblieben. Sie hat nur eine Vertiefung und Befestigung der schon von Sabinus und seinen unmittelbaren Nachfolgern vertretenen Anschauungen erfahren. Diese beiden Momente aber bleiben auch fürderhin die ausschlaggebenden Kriterien der condictio.

§ 10. Abstrakte Formel. — Einheitlicher Klagegegenstand.

Bisher hat es sich um die Darstellung der condictio nach der Lehre dieses und jenes römischen Rechtslehrers gehandelt. Darum wurde, um dieses jeweilige Gesamtbild nicht zu trüben, der eingangs gesteckte Rahmen insofern überschritten, als nicht nur die aus der prozessualen Funktion der condictio sich ergebenden Fragen, sondern auch ihre materiellrechtliche Grundlage in den Kreis der Betrachtungen gezogen wurden. So förderlich nun auch die Gesamtbetrachtung in solchem Falle schien, so mufs doch alsbald wieder die gesonderte Untersuchung der prozessualen und der materiellen Seite der condictio in ihre Rechte treten, wo die condictio als Ganzes ohne Rücksicht auf des einen oder des anderen Juristen specielle Lehrmeinung ihren Gegenstand bilden soll. Nur auf diese Weise ist es möglich, die einzelnen bemerkenswerten Momente mit der wünschenswerten Plastik in die Erscheinung treten zu lassen.

Indem wir daher neuerlich zunächst auf das Gebiet der condictio als Prozefsgebilde uns beschränken, erwächst vor allem die Aufgabe, die abstrakte Formel, den Klagegrund und Klagegegenstand, die Konkurrenzfähigkeit der

condictio und ihre Bedeutung als condictio generalis der notwendigen Prüfung zu unterziehen. Es sind dies Fragen, die sich fast ausnahmslos schon bisher der eingehendsten Würdigung durch die Litteratur erfreuten, so daſs die Beschränkung auf das Notwendigste von vornherein geboten scheint.

Daſs die abstrakte Formel nicht nur die Eigentümlichkeit der Ciceronianischen actio certae pecuniae gebildet habe, sondern die Sonderheit der condictio des Formularprozesses überhaupt geblieben sei, dies nachgewiesen zu haben, kann wohl als das dauernde Verdienst Barons bezeichnet werden. Die Gegenargumente Bekkers[1] und Buhls[2] werden nach den Ausführungen Lenels[3] nur insoweit anzuerkennen sein, als sie sich gegen die Behauptung Barons wenden, die causa sei in iure überhaupt nicht zur Sprache gekommen[4]. Die aus dieser Annahme erwachsenden Schwierigkeiten, insbesondere für die Frage des iusiurandum in iure, der Litiskontestation und der prozessualen Konsumtion, wären andernfalls in der That unlösbar. Auch wäre es unbegreiflich, daſs die Beeinträchtigung der Verteidigung, die erst in iudicio von der causa des klägerischen Anspruches Kenntnis erhalten soll, nirgends in den Quellen hervorgehoben ist[5]. Endlich wäre es eine mit der Gerichtshoheit des Prätors unvereinbare Anomalie, wenn er eine Formel von der weittragenden und schwerwiegenden Bedeutung wie die der condictio, ohne Gewähr dafür, inwieweit sie am Platze ist oder nicht, zu geben verpflichtet gewesen wäre. Die Formel der condictio war wohl eine abstrakte, ja sie konnte ihrer ganzen Anlage nach die Angabe der causa niemals enthalten[6], aber die dem Prätor vorgetragene Klage muſste

---

[1] Sav.-Z. R.A. IV S. 92 ff.
[2] Krit. Vierteljahrschr. XXIV S. 224 ff.
[3] E. P. S. 187 ff.
[4] Vgl. Pernice, Labeo III S. 212 n. 2.
[5] Bekker, l. c. S. 95, 96; Buhl, l. c. S. 234, 235.
[6] Vgl. Lenel, E. P. S. 187.

vermutlich wie jede andere die Angabe eines Klagegrundes enthalten.

Damit aber, dafs diese abstrakte Formel auf dare oportere beschränkt war und, wie noch zu erweisen ist, nur aus negotiis stricti iuris entspringen konnte und auf ein certum gerichtet sein mufste, war auch dieser Formel ein individualisierendes Moment verliehen, das im klassischen Recht Verwirrung und Verschwommenheit hintanzuhalten vermochte. Diese Gefahren konnten erst mit der condictio generalis hereinbrechen.

Der Behauptung, dafs den Gegenstand der condictio allemal ein certum ausmachte, steht jedoch die Masse der Stellen gegenüber, die teils ausdrücklich, teils der Sachlage nach die condictio auf ein incertum gerichtet erscheinen lassen. Auch wird die Annahme eines einheitlichen Charakters der condictio hinsichtlich des Klagegegenstandes dadurch ins Wanken gebracht, dafs der condictio certae pecuniae, der condictio certi die condictio triticaria ausdrücklich gegenüber gestellt scheint.

Ziehen wir vorerst die letztere Frage in Betracht, die sich heute mit verhältnismäfsig wenigen Worten abthun läfst, so hat zuletzt Baron[1] die Anschauung vertreten, dafs „die den klassischen Juristen geläufige Einteilung der condictio“ „die in condictio certi, triticaria, incerti“ gewesen sei. Seitdem hat Pernice[2] die Klassicität der condictio certi mit überzeugenden Gründen angegriffen und ebenso in dem sprachlich einwandfreien certum condicere eine untechnische Ausdrucksweise an Stelle des ediktalen „si certum petetur“ erkannt. Diese Erkenntnis ist wohl letztlich aus der unbedingt interpolationsverdächtigen und wiederholt wiederkehrenden Wendung certi condicere geschöpft, die den Schlufs auf den interpolatorischen Charakter dieser Terminologie der condictio überhaupt ziemlich sicher er-

---

[1] Abh. I. S. 87.

[2] Parerga IV, Sav.-Z. R.A. XIII S. 252 ff.; vgl. auch Lenel, E. P. S. 185.

scheinen läfst. Die Untersuchung dieser Frage hat nun Trampedach[1] zu Ende geführt, indem er, wie Pernice die Interpolation der condictio certi, so die der condictio incerti Schritt für Schritt nachweist. Ein Beginnen, dem wohl von Anfang an der Erfolg gewifs war. Denn die Existenz der condictio incerti konnte doch nur durch den Gegensatz der condictio certi gerechtfertigt werden. Mit dieser mufste daher auch jene ihre Berechtigung verlieren. „Die Ratio der condictio certi und incerti“ beruht demnach „in den Digesten auf kompilatorischer Systematik“, die ihren Ausgangspunkt vermutlich von l. 75 D. de V. O. 45, 1 genommen hat, wo „der Gegensatz zwischen dem certum und incertum stipulari ex professo erläutert wird“[2]. Von der stipulatio certa und incerta ausgehend gelangten die Kompilatoren dazu, zunächst im Falle einer stipulatio incerta, sodann auch in einigen anderen Fällen eines incertum die condictio zu gewähren. Diese condictio versahen sie zur Unterscheidung von der bisherigen condictio mit dem Zusatze incerti. Dadurch wurden sie von selbst veranlafst, die bisherige condictio mit dem unterscheidenden Merkmale „certi“ auszuzeichnen. Die Änderung in dem Namen der condictio ging also offenbar mit der Umgestaltung ihrer materiellen Grundlage Hand in Hand. Die einheitliche Basis liefs den einfachen Namen condictio genügen. Sobald man aber diese verliefs und neben das certum auch das incertum als Klagegegenstand der condictio setzte, mufste notwendig auch eine systematische Scheidung eintreten. War doch die condictio incerti schon ihrem Wesen nach manchen Eigentümlichkeiten der condictio certi — es sei nur an die sponsio tertiae partis erinnert — nicht zugänglich. Wollte man daher die condictio incerti in das klassische System einschmuggeln, so war es auch nur logisch, die Klassiker von einer condictio incerti im Gegensatze zur condictio certi sprechen zu lassen. Die Aus-

---

[1] Sav.-Z. R.-A. XVII S. 97 ff.

[2] Trampedach, l. c. S. 149.

dehnung der condictio auf das incertum mufste deshalb folgerichtig auch eine neue Nomenklatur erzeugen. Mit dem Nachweise, dafs diese erst den Kompilatoren ihre Entstehung verdankte, ist demnach umgekehrt die Unechtheit der condictio incerti auch ihrem materiellen Gehalte nach schon halb erwiesen.

„Die Interpolation der condictiones certi und incerti ergiebt“ aber „die Interpolation der condictio triticaria fast von selbst“ [1]. Sie wird überdies durch die Thatsache geradezu zur Gewifsheit erhoben, dafs ihr Name aufser in der Überschrift des betreffenden Digestentitels nur in einem Fragmente [2] begegnet, dessen Interpolation schon längst anerkannt ist [3]. Mit Recht bezeichnet Trampedach [4] auch den Platz, an den die Kompilatoren die condictio gesetzt haben, als bezeichnend für die Interpolation. Aufserdem mufs es auch verdächtig erscheinen, dafs die beiden Einteilungen der condictio, die nach dem Klagegrunde sowohl wie die nach dem Klagegegenstande, von den Kompilatoren ohne weiteres neben einander gestellt werden [5]. Zumindest wäre in der einen oder anderen Stelle ein Hinweis auf das Verhältnis dieser beiden Einteilungsgründe zu erwarten. Statt dessen hüllen sich die Quellen in tiefes Schweigen.

Der einfachste Beweis für die Unechtheit der Einteilung nach dem Klagegegenstande ergiebt sich aber schliefslich daraus, dafs sämtliche drei Kondiktionsarten von den Ediktskommentatoren in demselben Buche [6] behandelt werden. Darin liegt ein zweifelloser Hinweis darauf, dafs sie alle drei von dem einen Titel des prätorischen Albums: si certum petetur umspannt wurden. Angesichts dieser Wahrnehmungen mufs daher auch die selbständige Stellung der condictio triticaria in Zweifel gezogen werden.

---

[1] Trampedach, l. c. S. 150.

[2] l. 1 D. 13, 3.

[3] Vgl. Lenel, E. P. S. 189 f.; Trampedach, l. c. S. 151.

[4] l. c. S. 150 f.

[5] Vgl. Savigny, System, V S. 607.

[6] Paulus 28; Gaius 9; Julian 10, Ulpian 26—28 ad ed.

Savigny[1] vertrat noch die Anschauung, daſs condictio triticaria jede condictio gewesen sei, die nicht auf eine bestimmte Summe Geldes ging. Seine condictio triticaria schloſs sowohl die condictio certae rei wie auch die condictio incerti in sich. Schon Rudorff[2] hat jedoch der einzigen Belegstelle, die Savigny für diese Annahme aufzubringen vermochte, ihre überzeugende Kraft benommen. Endlich wurde diese Meinung durch die Ausführungen Barons[3] und Lenels[4] vollends erschüttert und dadurch die condictio triticaria in ihrer Anwendung auf die alia certa res der lex Calpurnia beschränkt. Es bleibt daher nur mehr die Frage zu beantworten, ob dieser Unterschied im Objekte, hier certa res, dort certa pecunia ein so einschneidender war, daſs die klassische Jurisprudenz sich dadurch genötigt sah, zwei Klassen von Kondiktionen anzunehmen. Die Einheit des Namens, die für die klassische Zeit nachgewiesen scheint, spricht auf den ersten Blick jedenfalls dagegen. Anzuknüpfen aber wird die Untersuchung sein an die Doppelcondictio aus der lex Silia und lex Calpurnia. Diese hat sich als ein im Grunde genommen einheitliches Rechtsinstitut erwiesen, indem beide Verfahrensarten auch hinsichtlich des Objektes darin übereinkamen, daſs Gegenstand der Kondemnation in beiden Fällen vermutlich certa pecunia war. Certa res im Sinne der lex Calpurnia dürfte nur eine solche gewesen sein, deren Geldwert von vornherein feststand. Hier wie dort dürfte auch sponsio und restipulatio tertiae partis stattgefunden[5], kurzum nach jeder Richtung dürfte Einheit des Verfahrens bestanden haben.

Auch im Formularprozesse finden wir nun die certa pecunia und die certa res als die Objekte der condictio neben einander gestellt. Auch die condictio triticaria steht

[1] System, V S. 626 f.
[2] Rechtsgesch. II S. 147 n. 13.
[3] Abh. I S. 112 f.
[4] l. c. S. 189 ff.
[5] S. oben S. 29 f. und Kappeyne, Abh. III S. 277 ff.

wie die condictio certi in der Regel nur dem Nichteigentümer, dem Eigentümer nur als furtiva zu[1]. Die Frage ist daher zunächst nur die, ob auch der Begriff der certa res noch derselbe, ob die condictio triticaria auch in dieser Hinsicht mit der Schwesterklage des Legisaktionenprozesses identisch ist. Die certa res der condictio triticaria nun charakterisiert sich — darin ist Baron[2] jedenfalls zuzustimmen — nicht so sehr durch die Körperlichkeit als vielmehr durch die Bestimmtheit des Objektes. Daher kann auch eine Realservitut als certa res erscheinen[3]. Diese Bestimmtheit aber konnte nur in dem Geldwerte der certa res gelegen sein. Ein Anzeichen hierfür kann jedenfalls darin gefunden werden, dafs an die condictio triticaria vorwiegend die Frage der aestimatio geknüpft erscheint. Die sichere Gewähr für diese Annahme bilden jedoch jene schon anläfslich der legis actio per condictionem angezogenen Fragmente, die den Begriff des certum unmittelbar im Hinblicke auf den Geldwert zur Erläuterung bringen[4]. Mit der Ausbreitung und Verfeinerung des Verkehrslebens mochte freilich dieser Begriff des certum insofern eine Abschwächung erfahren, als man ihn nun jedenfalls nicht mehr auf apriorische Bestimmtheit abstellen, auf den von Anfang an unter den Parteien feststehenden Geldwert beschränken mufste. Jetzt konnte man sich wohl jedenfalls damit begnügen, als certa jede in einer bestimmten Summe Geldes überhaupt ausdrückbare res anzusehen, dafern ihr Geldwert nur in iure vor Edition der Formel festgestellt war. Ein Selbstschätzungsrecht des Klägers deshalb anzunehmen liegt auch unter diesen Umständen keine Nötigung vor[5]. War ja doch, seitdem die Geldkondemnation für alle Formeln obligatorisch geworden war, die gerichtliche Schätzung

[1] l. 1 § 1 D. h. t. 13, 3.

[2] Abhandl. I a. a. O. S. 117; vgl. Glosse ad l. 1 D. 13, 3.

[3] l. 19 D. 8, 3; l. 11 § 2 D. 12, 2; vgl. Baron, Abh. I S. 114 ff.; Pernice, Labeo III S. 209 und n. 5.

[4] ll. 3 u. 4 D. 13, 3; Voigt, ius nat. III S. 758.

[5] A. M.: Kappeyne, l. c. S. 284 ff.

etwas Alltägliches. Vielleicht mochte auch jetzt noch die Bedeutung der condictio darin liegen, dafs nicht ein Selbstschätzungsrecht der einen Partei das certum bestimmte, sondern dafs es aus der Vereinbarung beider Parteien hervorging, sich in jedem Falle an Stelle des eigentlichen Streitgegenstandes mit einer bestimmten Summe Geldes zu begnügen. Mochte nun auch auf diese Weise das certum als Objekt der condictio triticaria eine Ausdehnung gegenüber dem der condictio ex lege Calpurnia erfahren haben, so ist doch damit noch nicht notwendig eine Veränderung des Wesens der condictio gegeben. Insbesondere ist nicht zu übersehen, dafs sie nach wie vor ein dare certam rem intendierte. Auch weist nichts darauf hin, dafs sie auf andere als auf negotia stricti iuris habe Anwendung finden können.

Baron[1] glaubt das Gegenteil aus der l. 1 h. t. in Verbindung mit l. 9 pr. D. 12, 1 entnehmen zu können. Er stützt seine Annahme einmal darauf, dafs die Restitutionspflicht bei der condictio in verschiedenen Fällen verschieden normiert sei, dafs die condictio demnach den Charakter des Rechtsverhältnisses annehme, dem sie jeweilig ihre Entstehung verdanke. Ferner beruft er sich auf die Basilikenscholiasten, die diese Eigentümlichkeit dahin ausdehnen, dafs sie der condictio wechselnde Rechtsfolgen zugestehen, je nachdem sie im einzelnen Falle an Stelle der actio emti, locati, der condictio ex mutuo u. s. w. getreten sei. Daraus ergebe sich mit Notwendigkeit der Schlufs, dafs die condictio nicht eine einheitliche Klage sei und bald aus einem negotium stricti iuris, bald aus einem solchen bonae fidei entspringen könne. Allein beide Voraussetzungen sind unhaltbar. Damit aber zerfällt Barons Schlufs in sich selbst.

Seine Behauptung, dafs die condictio des klassischen Rechtes unter Umständen auch aus Geschäften bonae fidei habe entspringen können, vermag Baron nur durch Berufung auf l. 3 D. h. t. 13, 3 zu rechtfertigen. Diese scheint

[1] Abhandl. I S. 117 ff.

nämlich im Widerspruche mit mehreren anderen Quellenaussprüchen das tempus condemnationis als den für die Schätzung bei der condictio maſsgebenden Zeitpunkt zu bezeichnen, während für negotia stricti iuris als solcher ausdrücklich die Litiskontestation hervorgehoben wird[1]. Allein Baron selbst giebt zu, daſs er für seine Annahme kein äuſseres Anzeichen anzuführen vermöge. Er hätte nur Cocceji[2] als Gewährsmann anführen können, wenn er sich nicht gescheut hätte, die gegen diesen von Savigny[3] geltend gemachten Gründe zu widerlegen. Doch um der Wucht dieser Schläge zu entgehen, zieht er es vor, auf Beweise zu verzichten und sich mit der leeren Behauptung zu begnügen. Es wird daher angezeigt sein, sich einer jener Auslegungen der Stelle anzuschlieſsen, die ihren Widerspruch mit anderen von der einheitlichen Grundlage des negotium stricti iuris aus zu lösen versuchen. In diesem Falle bleibt die Wahl, den an der Stelle gedachten Gegensatz zum tempus condemnationis nicht in der Litiskontestation, sondern in der mora debitoris zu erblicken und die condemnatio nicht als Bezeichnung des Endurteils selbst zu verstehen, sondern als pars formulae auf die Zeit iudicii accepti zu beziehen[4] oder anzunehmen, „Ulpian unterscheide überhaupt nur den Zeitpunkt des Kontraktes, des Todes u. s. w. einerseits, und andererseits den des Prozesses, dessen Anfang und Ende ihm zusammenfällt wie in l. 3 § 3 D. 19, 1"[5]. Noch wahrscheinlicher aber ist die Annahme, daſs Ulpian überhaupt nicht geschrieben habe: condemnationis tempus[6]. Ob freilich statt dessen die Lesart tempus quo agitur anzunehmen ist, die den Augenblick der

[1] l. 3 § 2 D. 13, 6.

[2] ius controv. XIII 3, quaest. 2.

[3] System, VI S. 218.

[4] Savigny, System, VI a. a. O. S. 227; Rudorff, Rechtsgesch. II S. 143 n. 9.

[5] Bethmann-Hollweg, II S. 524 n. 169; vgl. Huhn, de interpr. leg. 3 in Dig. de cond. trit., 1868, S. 15 ff.

[6] Lenel, Paling. II, Ulpian 780.

Litiskontestation bezeichnen und einen Hinweis auf den rerum actus enthalten soll[1], mufs zweifelhaft erscheinen. Jedenfalls aber vermag die Stelle in ihrer jetzigen, vielleicht interpolierten Gestalt für sich allein die Behauptung Barons nicht zu erweisen. An weiteren Belegstellen für diese Annahme aber fehlt es gänzlich. Denn die hierfür etwa verwendbare Definition Ulpians von der condictio konnte bereits auf ihr richtiges Mafs zurückgeführt werden. Desgleichen wurde eine die condictio mit der actio praescriptis verbis identificierende Stelle[2] schon andern Ortes als Interpolation aufgezeigt, und ebenso hat schon Savigny[3] dargethan, dafs die in l. 3 § 4 D. 12, 4 bezeichnete condictio nicht an Stelle der actio praescriptis verbis steht, sondern die aus der Stipulation entspringende certi condictio ist. Dagegen fällt es schwer ins Gewicht, dafs die Institutionen dort, wo sie eine Aufzählung der bonae fidei iudicia geben, der condictio nicht gedenken[4]. Sie könnte deshalb jedenfalls nur in ihrer Verwendung als condictio generalis den Charakter einer bonae fidei Klage annehmen.

In diesem Sinne kann auch nur das Zeugnis der Basilikenscholiasten verstanden werden. Für die Ergründung des klassischen Rechtszustandes kann ihnen zweifellos keine Bedeutung beigemessen werden. Gehen sie doch bei ihrer Darstellung lediglich von der durch Justinian geschaffenen Rechtslage aus. Den Ausgangspunkt ihrer Untersuchungen bildet gerade jene condictio generalis, die in l. 9 D. de R.C. (12, 1) gelehrt wird. Mit dieser zerfällt daher auch ihr Zeugnis in Nichts. Mufs nun auch die Untersuchung dieser Stelle einem späteren Zusammenhange vorbehalten bleiben, so kann doch jedenfalls schon jetzt so viel als erwiesen angenommen werden, dafs Barons Behauptung mit dieser Stelle steht und fällt. Denn der übrige Quellenbestand bringt deutlich zum Ausdrucke, dafs die condictio als

---

1 Hartmann-Ubbelohde, ordo iud. S. 364 n. 45.

2 l. 19 § 2 D. 43, 26.

3 System, V S. 594 f.

4 § 28 Inst. 4, 6.

specielle Klage in allen Fällen und allezeit actio stricti iuris gewesen ist.

Die strenge Natur der condictio erweist sich übrigens wohl, ohne dafs es anderweiter Untersuchungen bedürfte, schon allein aus dem Umstande, dafs sie immer nur auf ein certum gerichtet werden konnte. Bevor der volle Beweis hierfür angetreten wird, sei daher nur noch festgestellt, dafs auch die condictio triticaria, von der condictio certae pecuniae nur durch die Natur des Streitgegenstandes unterschieden, im übrigen mit ihr zusammen eine einheitliche Klage bildete.

Diese Einheit der condictio aber mufs nicht nur für das materielle Recht behauptet werden, sie mufs vielmehr auch für die condictio als Prozefsform uneingeschränkt gelten. Nicht nur dem Namen nach war die condictio triticaria dem klassischen Rechte fremd. Sie scheint vielmehr auch im klassischen Prozesse keinen Raum gehabt zu haben. Lenel[1] nimmt bereits an, dafs die Rubrik si certum petetur auch die Formel der condictio triticaria umfafst habe. Doch erkennt er immerhin in diesem Rahmen eine selbständige Formel für letztere an, deren Rekonstruktion ihm „keinerlei Schwierigkeit" bereitet. Die Stellung Trampedachs[2] zu dieser Frage ist eigentümlicherweise nicht ganz deutlich erkennbar. Einerseits meint er zwar, dafs der klassische Prozefs „bei der condemnatio pecuniaria einer condictio triticaria, d. h. einer specifischen Klage nur auf certa res vollkommen entbehren" konnte, und dafs deshalb „die certa res zweifellos in dem prätorischen „Si certum petetur" mitinbegriffen" war. Andererseits aber sagt er doch nur: „Selbst die actio certae creditae pecuniae scheint die certa res umfafst zu haben." Demgegenüber mufs wohl, nachdem die Sonderstellung der condictio triticaria einmal für das materielle Recht entschieden negiert ist, ohne Rückhalt behauptet werden, dafs auch der klassische

[1] E. P. S. 184.
[2] Sav.-Z. R.A. XVII S. 151.

Prozefs eine besondere Formel für dare oportere einer certa res nicht kannte.

Dieser Behauptung steht allerdings ein zweifaches Bedenken gegenüber. Das eine ist die von Lenel[1] mühelos rekonstruierte Formel der condictio triticaria. Das andere ist der von Bekker[2] gelehrte Satz, dafs bei der condictio triticaria „eine Ausdehnung der Kondemnation über das Mafs des Empfangenen hinaus möglich" sein soll, die bei der condictio certi entschieden versagt wird. Diese beiden Einwände müssen daher widerlegt werden, wenn anders die prozessuale Einheit der condictio certi und der condictio triticaria nicht fallen gelassen werden soll.

Lenels Formel der condictio triticaria lautet nun: S. p. N^m. N^m. A^o. A^o. tritici Africani optimi modios tot dare oportere, quanti ea res est, t. p. N^m. N^m. A^o. A^o. c. s. n. p. a. Die entscheidenden Worte, die der Formel ihren besonderen Charakter verleihen, sind: quanti ea res est, t. p. Zum Beweise für diesen Formelbestandteil zieht Lenel zwei Digestenstellen[3] heran, die sich allerdings mit der Abschätzung des Streitgegenstandes bei der condictio beschäftigen, die jedoch zumindest ebensosehr auf das Verfahren in iudicio wie auf das in iure bezogen werden können. In der That scheinen sie aber das erstere im Auge zu haben. Dies ist namentlich für die zweite Stelle[4] um so gewisser, als sie zweifellos von der condictio furtiva handelt, ohne zu unterscheiden, ob pecunia oder res certa den Gegenstand der Klage ausmacht. Nur für die res certa könnte aber die Frage, quanti res est, schon in iure von Belang sein. Dagegen mufste in iudicio diese Frage jedesmal vom Geschworenen mit Rücksicht auf den konkreten Fall entschieden werden. Mufste doch bei der condictio jedenfalls nicht anders wie bei anderen Klagen der

---

[1] E. P. S. 190; vgl. Voigt, ius nat. III S. 751.
[2] Aktionen I S. 305.
[3] l. 4 D. h. t. 13, 3; l. 2 § 3 D. 47, 1.
[4] l. 2 § 3 cit.

Restitutionsgegenstand gegenüber dem Klagegegenstande häufig eine wesentliche Modifikation erfahren. Nicht selten war auch bei der condictio etwas anderes in obligatione, etwas anderes in restitutione[1]. Der Kondemnationsgegenstand wurde „in keiner Weise durch die condictio, sondern durch die konkrete Forderung bestimmt[2].“ Doch erst das Verfahren in iudicio konnte diese Verschiedenheit zu Tage fördern. In iure war die Formel in allen Fällen auch in ihrem kondemnatorischen Teile dieselbe. Damit scheint aber nicht nur den von Lenel angezogenen Stellen ihre Beweiskraft genommen, sondern es verliert dadurch auch Bekkers Behauptung ihren Halt. Die Stellen, auf die Bekker seine Behauptung stützt, sind allerdings solche, die seine Annahme auf den ersten Blick als zutreffend erscheinen lassen. Die Stellen[3], wo eine Ausdehnung über das Mafs des Empfangenen hinaus Platz greift, sind allerdings solche, die eine condictio triticaria, die Rückforderung einer certa res, zum Gegenstande haben. Ebenso sind andererseits Zinsen bei der condictio certi, bei der Rückforderung einer bestimmten Summe Geldes versagt[4]. Allein dieses Zusammentreffen ist in beiden Fällen ein zufälliges. Bei der Entscheidung ist nicht so sehr darauf Gewicht gelegt, dafs es das eine Mal um certa res, das andere Mal um certa pecunia sich handelt. Ausschlaggebend ist vielmehr teils der Umstand, dafs in jenen Fällen ex furtiva causa oder ein indebitum u. a. m. zurückgefordert wird, in diesen dagegen eine Stipulation, ein Darlehen u. s. w. in Frage steht. Dies tritt insbesondere an jener Stelle[5] zu Tage, wo es im Grunde genommen unent-

[1] Vgl. Brinz, Pand. II S. 516 ff.; Bekker, Aktionen, I S. 126.

[2] Baron, Abh. I S. 121.

[3] l. 15 pr. D. 12, 6; l. 7 § 1 D. 12, 4; l. 38 §§ 1—3 D. 22, 1; l. 12, C. 4, 32; l. 23 C. eod.

[4] l. 24 D. 19, 5; l. 10 § 4 D. 17, 1; l. 1 C. 4, 5; l. 1 C. 4, 7; l. 3 C. 4, 32.

[5] l. 65 § 5 D. 12, 6; vgl. auch l. 38 § 7 D. 22, 1; dazu Voigt, ius nat. III S. 743.

schieden gelassen ist, ob certa pecunia oder certa res den Gegenstand des indebitum ausmacht, und wo es trotzdem heifst: Ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debet deducta impensa. Teils findet die verschiedene Behandlung ihren Grund in dem Umstande, dafs das eine Mal fructus naturales, das andere Mal fructus civiles in Frage stehen, die auch in anderen Fällen einer verschiedenen Behandlung teilhaftig werden[1]. Auch für die Entscheidung dieser Frage scheint daher nicht so sehr die Verschiedenheit des Klagegegenstandes als vielmehr die Natur des im einzelnen Falle unterliegenden materiellen Rechtsverhältnisses entscheidend.

Es liegt demnach kein zwingender Grund vor, für den klassischen Prozefs eine verschiedene Formel anzunehmen, je nachdem certa pecunia oder certa res eingeklagt ist. Dagegen fehlt es nicht an Anhaltspunkten für die Annahme, dafs diese in jener aufgegangen sei. So interpretiert bereits Gaius[2] die pecunia der lex Cornelia dahin, dafs sie „vinum vel frumentum aut ... fundum vel hominem“ umfasse. Diese Interpretation übernimmt Hermogenian[3] ohne Einschränkung, indem er sagt: Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur. Dafs dagegen die Ausführungen von Stephanus[4] nichts verschlagen, hat schon Trampedach[5] bemerkt. Es kann deshalb, zumal auch andere Stellen die certa res in der certa pecunia anscheinend mit Absicht aufgehen lassen[6], wohl mit Sicherheit geschlossen werden, dafs die Nichterwähnung der condictio triticaria in den Quellen „der

---

[1] Vgl. glossa usuras ad l. 1 C. 4, 5; Windscheid, Pand. I § 129 n. 3 u. 5a, § 144 n. 10; II § 259 n. 10.

[2] 3, 124.

[3] l. 222 D. 50, 16.

[4] l. 7. Bas. 24, 8.

[5] Sav.-Z. R.A. XVII S. 151.

[6] l. 74 D. 45, 1; l. 24 D. 12, 1; l. 6 D. 12, 1; vgl. Lenel, E. P. S. 185; A. M.: Voigt, ius nat. III S. 758.

stärkste Beweis gegen" ihre „klassische Existenz als typischer Klageform" ist, dafs der klassische Prozefs eine solche thatsächlich nicht gekannt hat. Dann aber war die actio certae creditae pecuniae notwendig gemeinsame Klageform für certa pecunia und certa res. Dann mufste aber auch die condictio triticaria mit sponsio und restipulatio tertiae partis verbunden sein.[1] War dies aber der Fall, dann liegt kein Grund mehr vor, daran zu zweifeln, dafs auch die legis actio per condictionem nach der lex Calpurnia unter dieser Sanktion stand, wenn anders die lex Silia bereits dieses Succumbenzgeld statuiert haben und auch der legis actio per condictionem schon die condemnatio pecuniaria eigentümlich gewesen sein soll. Die Formel der actio certae pecuniae konnte in dem Falle, wo sie certa res zum Gegenstande hatte, nur insofern eine Verschiedenheit gegenüber der auf certa pecunia abgestellten Formel aufweisen, als in der Intentio die res selbst aufgenommen war. Die Formel der condictio triticaria konnte also im klassischen Prozesse nur lauten:

S. p. N^{m}. N^{m}. A^{o}. A^{o}. tritici Africani optimi modios tot dare oportere, N^{m}. N^{m}. A^{o}. A^{o}. sestertium tot milia c. s. n. p. a., mochte nun die bestimmte Kondemnationssumme durch den Marktpreis oder die Parteivereinbarung (condictio) fixiert sein. —

Damit verliert jedoch nicht nur die Ansicht ihren Halt, die in der condictio triticaria eine altcivile Erscheinung erblickt[2], sondern es fällt damit auch die ansprechende Vermutung Pernices[3], die aus dem quanti ea res est der condictio triticaria die condictio incerti allmählich sich entwickeln lassen will. War aber die condictio in jeder ihrer Erscheinungsformen ein und dieselbe, so schwindet dadurch auch die Glaubwürdigkeit der Behauptung Barons, dafs die condictio überhaupt der einheitlichen Grundlage

[1] So auch Kappeyne, Abhandl. III S. 278 f.

[2] Bekker, Aktionen I S. 107 f.

[3] Labeo, III S. 209 f.; vgl. über das Verhältnis der Formel der cond. trit. und der cond. inc. auch Baron, Abh. I S. 230 f.

entbehrt habe und darum zur Einklagung jedes materiellen Thatbestandes geeignet gewesen sei. Diese Annahme wurzelt nämlich in einer Verwechslung der condictio in iure und in iudicio:

Mit der Annahme der abstrakten Formel für die condictio mufste die Scheidung der condictio nach dem Klagegrunde von vornherein unvereinbar erscheinen[1]. Nichtsdestoweniger liefsen sich schon bei Sabinus und lassen sich später noch viel mehr Anzeichen dafür erkennen, dafs die Rechtstheorie die verschiedenen Anwendungsfälle der condictio wohl zu trennen wufste. Mochte der Prätor und das Gericht immerhin nur eine actio si certum petetur kennen, so hindert dies die Rechtslehre doch nicht, bei der Entscheidung des einzelnen Falles die Verschiedenheit des Klagegrundes in Rücksicht zu ziehen und die verschiedenen Erscheinungsformen der condictio selbständig zum Ausbau zu bringen. Einen deutlichen Hinweis hierauf gewährt jedenfalls der Umstand, dafs an zahlreichen Stellen der Digesten bald von einem indebitum condicere, bald von einem condicere ex iniustis causis u. s. w. die Rede ist[2]. Die einheitliche abstrakte Formel der condictio hinderte die Theoretiker nicht, die condictio unter dem verschiedenen Gesichtspunkte ihrer wechselnden konkreten Entstehungsgründe zu betrachten. Diese im einzelnen Falle wechselnde Gestalt aber brachte es auch mit sich, dafs der iudex im Rahmen des certum dare oportere kraft seiner freien richterlichen Gewalt, je nach Verschiedenheit des unterliegenden Rechtsverhältnisses, in die Lage versetzt war, die Restitutionspflicht bald enger bald weiter zu fassen. Die condictio aus der Stipulation erstreckte sich nicht auf die Früchte[3], die condictio indebiti dagegen bezog solche unter Umständen wenigstens in den Kondemnationsbefehl ein[4]. Die certa res war nicht in allen Fällen mit der nuda

[1] Baron, Abh. I S. 45 ff.
[2] Vgl. Pernice, Labeo III S. 214 f., 234 ff.
[3] l. 4 pr. D. 22, 1.
[4] l. 15 pr. D. 12, 6.

res identisch. Solche Unterschiede vermögen jedoch an der einheitlichen Struktur der condictio nichts zu ändern. In iure mochten vielleicht divergierende Thatbestände zum Ausgange für die Gewährung der Formel si certum petetur dienen. Wie weit diese Verschiedenheit reichte, ist eine Frage des materiellen Rechtes, die geeigneten Ortes zu beantworten sein wird. In iudicio aber wies das Verfahren mit der condictio allemal dieselbe Struktur auf. So wenig daher die „Stellen, in denen auf die reale Grundlage der Kondiktion ausdrücklich hingewiesen wird", „mit der Behauptung" in Widerspruch stehen, „dafs die condictio eine abstrakte Klage sei[1]", ebenso wenig sind die Stellen, wo Umfang und Inhalt der certa res durch den iudex in iudicio eine wechselnde Beurteilung finden, imstande, die Annahme zu widerlegen, dafs die condictio eine einheitliche Klage gewesen sei. —

§ 11. Condictio incerti.

Der Name der condictio incerti wurde bereits als eine Erfindung der Kompilatoren gekennzeichnet. Es erübrigt daher nur mehr die Untersuchung, ob sie nicht doch nach ihrer materiellen Seite bereits dem klassischen Rechte angehört oder ob sie überhaupt ihre Anerkennung erst Justinian zu verdanken habe. Auch in dieser Beziehung ist die Frage für Julian und seine Vorgänger bereits im letzteren Sinne entschieden. Es fragt sich daher nur noch, ob dieses Resultat auch für die nachfolgende Zeit gilt.

Was die allgemeinen Gründe gegen den Bestand der condictio incerti in klassischer Zeit anbetrifft, so ist in dieser Hinsicht vor allem ihre verhältnismäfsig späte Entstehung bemerkenswert. Weder der Legisaktionenprozefs hat sie gekannt noch auch der Formularprozefs des ersten und jedenfalls teilweise auch des zweiten nachchristlichen Jahrhunderts. Auch die Späteren, die von ihr anscheinend

[1] Baron, Abh. I S. 11.

Gebrauch machen, lassen sie nur in beschränktem Umfange zu. Sie findet auch bei diesen nur als condictio possessionis, impensarum, obligationis (liberationis), cautionis und servitutis Anwendung[1]. Bei Sabinus, Aristo und Julian ist sie jedenfalls interpoliert. Dies begründet an sich schon den Verdacht, dafs auch die anderen sie gewährenden Stellen der Echtheit ermangeln. Aufserdem ist in manchen Fällen eine condictio incerti gewährt, während sie unter denselben Voraussetzungen anderen Ortes verweigert wird[2]. Endlich ist es trotz eifriger Nachforschung nicht gelungen, die Formel der condictio incerti zuverlässig festzustellen[3], geschweige denn die Stelle mit Sicherheit ausfindig zu machen, wo sie im Album des Prätors ihren Platz gefunden haben könnte[4].

Im einzelnen aber entpuppen sich die Fälle, die angeblich eine condictio possessionis zum Gegenstande haben, zumeist als solche der condictio furtiva. Ebenso treten die Fälle der condictio cautionis ursprünglich vermutlich im Gewande einer condictio certae pecuniae auf, die auf Rückforderung der Gesamtzahlung oder der mit Unterlassung der Kautionsleistung hingegebenen Sache selbst gerichtet war. Die condictio impensarum aber hat von vornherein Rückstellung des Impensenwertes zum Gegenstande, erscheint also schon darum als eine Form der condictio certa. Dasselbe gilt auch von der condictio servitutis, die in den drei überlieferten Fällen[5] die Einräumung einer Realservitut, also ein certum[6] zum Gegenstande hat. Die incerti con-

---

[1] Vgl. Trampedach, Sav.-Z. R.A. XVII S. 154; Bekker, Aktionen I S. 108 f.

[2] z. B. l. 7 pr. D. 7, 9 und l. 3 § 10 D. 35, 3.

[3] Vgl. Savigny, System, V S. 605; Bekker, Aktionen, I S. 111 n. 34; Karlowa, Civilpr. S. 240; Voigt, ius nat. III S. 752; Baron, Abh. I S. 230 f.; Pernice, Labeo III S. 209 f.; Lenel, E. P. S. 123 f.; Trampedach, Sav.-Z. R.A. XVII S. 126 ff.

[4] Lenel, E. P. S. 121 ff.

[5] l. 22 § 1 D. 12, 6; l. 8 pr. D. 19, 1; l. 35 D. 8, 2.

[6] l. 75 D. 45, 1.

dictio erscheint daher an diesen Stellen als sinnlose Interpolation, dafern nicht die Auffassung der Realservitut als certum an sich schon Bedenken erregen sollte. Solchen wäre mit der Annahme abzuhelfen, dafs es statt incertum ursprünglich regelmäfsig fundus geheifsen habe. Damit wäre die condictio servitutis mit der condictio cautionis in eine Linie gestellt. Denn diesfalls würde auch hier die Rückforderung der Gesamtleistung die erwünschte Abhilfe gewähren, der gegenüber dem Beklagten die in iure cessio der Servitut als Verteidigung zu Gebote stände[1].

Dafür aber, dafs vermutlich die condictio der Servitut selbst das Gebräuchliche war, und dafs man darin nur eine Form der condictio certae rei erblickte, spricht der Umstand mit ziemlicher Deutlichkeit, dafs an einer Stelle[2] ausdrücklich gesagt ist: .... servitutem, verum post divortium condici posse, ohne dafs diese condictio durch den ominösen Zusatz incerti verderbt wäre.

Nur die condictio liberationis oder obligationis gewährt keinen Ausblick auf ein derart allgemein anwendbares Auskunftsmittel. Ihre Interpolation ist allerdings nur für den einzelnen Fall auf mehr weniger schwierigem Wege zu erweisen.

Mit dieser Erkenntnis ausgerüstet, sei es nunmehr versucht, die einzelnen eine condictio incerti aufweisenden Quellenstellen auf ihren ursprünglichen Gehalt zurückzuführen.

Von der condictio possessionis handeln teils ausdrücklich, teils implicite die nachfolgenden Stellen: l. 12 § 2 D. 13, I (Aristo); l. 2 D. 13, 3 (Celsus); l. 25 § 1 D. 47, 2 (Celsus); l. 19 § 2 D. 43, 26 (Julian); l. 31 § 1 D. 16, 3 (Tryphonin); l. 15 § 1 D. 12, 6 (Paulus). Einige andere Stellen[3], die bisweilen als von der condictio possessionis handelnd angenommen wurden, können angesichts

---

[1] Vgl. Pflüger, Sav.-Z. R.A. XVIII S. 85.
[2] l. 5 § 6 D. 24, 1.
[3] l. 13 pr. D. 39, 6; l. 33 D. 12, 6; l. 4 § 2 D. 12, 1; l. 22 D. 36, 1.

der überzeugenden Ausführungen Trampedachs[1] von vornherein ausgeschieden werden.

l. 12 § 2 cit. und l. 19 § 2 cit. haben bereits in anderem Zusammenhange ihre Erledigung gefunden. Dort konnte die eine als condictio furtiva charakterisiert, die andere als quellenwidrige Zuthat der Kompilatoren gekennzeichnet werden.

l. 2 D. 13, 3 erscheint an sich tadellos. Bedenken erregt nur die schleppende Ausdrucksweise: et ita et Celsus, sed ita, si .... ceterum si non .... und die zweimalige Anführung des Celsus in demselben Satze. Dieses Bedenken wird um so reger, als es in der Parallelstelle[2] nur heifst: sed Celsus putat posse condici possessionem. Man wird daher Grund haben, den Schlufs der l. 2 cit. von ceterum an für interpoliert zu halten und ebenso das sed ita im vorhergehenden zu streichen, das nur durch die Bezugnahme des Schlufssatzes verständlich wird, daher mit diesem fallen mufs. In l. 25 § 1 cit. aber wird man sich mit der Streichung des sinnlosen „possessionem“ begnügen können. Als sinnlos kann dieser Zusatz deshalb bezeichnet werden, weil die hier gewährte condictio keine andere als die condictio furtiva ist. Ihre Besonderheit liegt nur darin, dafs sie eine unbewegliche Sache als möglichen Gegenstand des furtum anerkennt. Dagegen bietet sich kein Anhaltspunkt, den Zusatz quemadmodum .... in dieser Stelle für interpoliert zu erklären. Ebensowenig scheint auch die Vermutung haltbar, in der erstgenannten Stelle an die alternative Gewährung eines Interdiktes durch Celsus zu denken[3].

Die in l. 31 § 1 cit. gewährte condictio sodann ist ohne Zweifel ebenfalls condictio furtiva. Mit Recht bemerkt Pflüger[4], dafs die Herausgabe des Depositums von einem

---

[1] l. c. S. 103, 109, 110 und die dort Citierten.

[2] l. 25 § 1 cit.

[3] Vgl. Pflüger, l. c. S. 111; Trampedach, l. c. S. 98, 100 ff.; Bruns, Besitzklagen S. 198 f.

[4] l. c. S. 111.

klassischen Juristen niemals als dare bezeichnet werden konnte, und führt damit einen von Brinz[1] angeregten Gedanken durch. Streicht man daher das sicher interpolierte „indebiti dati", so bleibt eine condictio furtiva des Eigentümers übrig, ohne dafs man genötigt wäre, mit Pflüger in dem Schlusse der Stelle überhaupt nur einen „schwächlichen oder unsinnigen" Satz „der Kompilatoren zu erkennen". Denn in der That enthält dieser Satz mit Ausnahme der beiden gestrichenen Worte nichts, was nicht dem Tryphonin ohne jede Schädigung seines Ansehens zugeschrieben werden dürfte.

Es erübrigt daher nur mehr l. 15 § 1 cit. Sie bildet allerdings das sicherste Zeugnis für die condictio possessionis, indem sie solche ausdrücklich ausspricht. Auch verrät ihre Sprache, die einzige Wendung per indebitam condictionem vielleicht ausgenommen, keinerlei Verdacht einer Interpolation[2]. Trotzdem kann kein Zweifel bestehen, dafs auch hier an die condictio possessionis ursprünglich nicht gedacht worden sein kann, nachdem solche in allen anderen Stellen als Erfindung der Kompilatoren blofsgestellt werden konnte. So bietet denn Pflüger[3] einen ungeheuren Apparat und ein Übermafs an Scharfsinn auf, um auch diese Stelle ins Wanken zu bringen. Auf diese Weise kommt er zu dem Ergebnisse, dafs die Stelle ursprünglich nicht von der condictio, sondern von dem interdictum utrubi gehandelt habe. Beweisend hierfür ist ihm das „Interdiktswort" avocare. Demnach seien an Stelle der Worte „per longi temporis praescriptionem" die Worte des Interdiktes „per maiorem partem huiusce anni" ursprünglich gestanden. Die Wendung „possessionem avocare" bietet nun für diese Annahme allerdings einen Anhaltspunkt. Allein es ist immerhin fraglich, ob nicht auch diese Worte erst

---

[1] Pand. II S. 509 n. 23; A. M.: Trampedach, Sav.-Z. R.A. XVII S. 107 f.

[2] Pflüger, l. c. S. 106; Trampedach, l. c. S. 106.

[3] l. c. S. 106 ff.

von den Kompilatoren, die sich ihrer technischen Bedeutung nicht mehr bewufst waren, eingefügt wurden. Jedenfalls bedürfte eine derart durchgreifende Veränderung des ursprünglichen Textes, wie sie von Pflüger behauptet wird, um allgemeinen Glauben zu finden, deutlicherer Anzeichen als die, worauf er hinzuweisen vermag. Überdies steht ein doppelter Ausweg offen, um die Annahme einer condictio possessionis und die gewaltsame Auslegung Pflügers gleichzeitig zu vermeiden. Paulus sagt: Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. sed et si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem. Streicht man die sachlich anstöfsigen Worte ut vel possessio eorum reddatur, so fallen damit von selbst die erläuternden Worte quemadmodum .... condicerem, die an dieser Stelle allerdings nur „ein ungeschicktes Mittel der Kompilatoren“ zu sein scheinen, um der condictio possessionis den Schein der Echtheit und allgemeinen Anwendbarkeit zu verleihen. Dadurch werden aber auch die Anknüpfungsworte sed et, wodurch die nachfolgende Begründung mit dem vorhergehenden Satze verbunden ist, und der Schlufssatz etiam sic .... überflüssig, der von vornherein durch seine schlechte Stilisierung interpolationsverdächtig erschien. Dadurch erhält wiederum umgekehrt die Streichung der Worte ut vel possessio u.s.w. ihre Stütze. Die ganze Stelle aber bekäme dadurch die einfache Gestalt: Sed et si nummi alieni dati sint (sunt?), condictio competet, si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit. Damit wäre ein Gegenstück geschaffen zu jenen Fällen, wo der Eigentumserwerb auf seiten des Empfängers durch die Konsumtion der nummi alieni als ersetzt gilt[1]. Eine zweite

[1] l. 11 § 2, l. 12 i. f., l. 13 pr. § 1, l. 19 § 1 D. 12, 1; l. 24 pr. § 1 D. 44, 7 u. a. m.

Möglichkeit wäre die, auf die sichere Rekonstruktion des ursprünglichen Textes zu verzichten und anzunehmen, daſs auch Paulus eine doppelte Möglichkeit im Auge gehabt habe, einmal die soeben dargelegte, sodann die, daſs der Empfänger in bösem Glauben gewesen und daher sofort der condictio furtiva ausgesetzt sei[1]. Mag man jedoch die eine oder die andere hier vertretene Meinung teilen oder der Auslegung Pflügers sich anschlieſsen, in jedem Falle steht man der Notwendigkeit gegenüber, der condictio possessionis die Anerkennung für das klassische Recht zu versagen.

Für die zweite Gruppe der condictio incerti sodann, für die condictio impensarum lassen sich nur drei Fälle aufführen: l. 60 D. de leg. I (Julian); l. 5 § 2 D. 25, 1 (Marcellus-Ulpian); l. 40 § 1 D. 12, 6 (Marcian). Davon hat die erstgenannte bereits in der zusammenhängenden Darstellung der Lehre Julians ihre Erledigung gefunden. Auch wurde bereits bemerkt, daſs nur die Flüchtigkeit der Kompilatoren aus diesen Fällen eine incerti condictio machen konnte. Denn die condictio von Impensen ist ihrer Natur nach eine condictio certae pecuniae. Mit der Streichung des an diesen Stellen gedankenlos eingefügten incerti ist daher dieser Fall der condictio incerti auch schon seinem materiellen Gehalte nach beseitigt. Dazu bedarf es vielleicht nicht einmal des von Pflüger[2] eingeschlagenen Weges, wonach mit der nach Streichung des incerti erübrigenden condictio (certi) zunächst die Hauptleistung rückgängig gemacht werden müſste, um nun erst die Impensen durch Retention geltend zu machen. Dieser Weg scheint sich überdies in der Regel durch die damit verbundene Gefahr der pluris petitio zu verbieten. Denn nicht die ganze Hauptleistung, sondern nur der auf die Impensen entfallende Teilbetrag ist indebite solutum. Das Auffällige an diesem Vorgange, das in der einen Stelle[3] Ulpian zur

---

[1] Vgl. l. 11 § 2 cit.; § 2 Inst. 2, 8.
[2] l. c. S. 86.
[3] l. 5 § 2 D. 25, 1.

Berufung auf des Marcellus Autorität veranlaſst, ist nur, daſs die Impensen überhaupt zur Rückforderung berechtigen sollen. Sind doch Impensen regelmäſsig nur durch Retention geltend zu machen.

Ebensowenig Schwierigkeiten bereitet die condictio servitutis der l. 22 § 1 D. 12, 6 (Pomponius); der l. 8 pr. D. 19, 1 (Paulus) und der l. 35 D. 8, 2 (Marcian). Auch hier ist, wie bereits bemerkt wurde, das incertum — man beachte nur das sprachwidrige incerti condicam in l. 22 cit. — überflüssiger Weise interpoliert. Denn entweder ist die Realservitut ein certum, dann paſst der Zusatz „incerti" schon darum nicht, oder sie ist es nicht, dann gewährt die condictio des lastenfrei übergebenen Grundstückes die erwünschte Abhilfe. Denn diesfalls wird Kläger durch Rückgabe des Grundstückes in die Lage versetzt, seine Servitut zu erhalten, oder Beklagter kann solche Rückgabe durch freiwillige Einräumung der Servitut vermeiden[1].

Dieser letztere Weg ist es auch, der die condictio cautionis überflüssig erscheinen läſst. Sie ist anscheinend gewährt in: l. 3 § 10 D. 35, 3 (Pomponius-Ulpian); l. 5 § 1 D. 7, 5 (Sabinus, Celsus, Ulpian); l. 7 pr. D. 7, 9 (Ulpian); l. 69 § 3 D. de leg. II. (Papinian). Auch in diesen Fällen war ursprünglich vermutlich von der condictio der Grundleistung die Rede, die der nachträglichen Ausübung des auf Grund der Kautionspflicht zustehenden Abzugs- oder Retentionsrechtes dienlich sein sollte. Die Interpolation ist überdies in jeder einzelnen Stelle offenkundig. Auf die ursprüngliche Gestalt der l. 5 § 1 cit. wurde bereits in anderem Zusammenhange hingewiesen. Desgleichen wurde bereits der Interpolation der l. 7 pr. cit. in der Kondiktionenlehre des Proculus gedacht und dort schon betont, daſs auch an dieser Stelle ursprünglich offenbar nur der in ihrem Eingange von Proculus gewählte Weg, zunächst die Gesamtleistung zurückzufordern,

[1] Vgl. Pflüger, l. c. S. 85; siehe oben S. 217.

eingeschlagen war. l. 3 § 10 cit. ferner nötigt ihrem Wortlaute nach nicht einmal zur Annahme einer Interpolation. Pomponius sagt: Si legatum fuerit praestitum ante interpositam hanc cautionem, an condici possit, ut cautio ista interponatur? movet quaestionem quod ea, quae per errorem omissa vel soluta sunt, condici possunt et hic ergo quasi plus solutum videtur ex eo, quod cautio intermissa est. et ait Pomponius condictionem interponendae satisdationis gratia competere. et puto hoc probandum, quod Pomponius, utilitatis gratia. Die Bezeichnung der condictio als einer, die interponendae satisdationis gratia geschieht, deutet wohl darauf hin, dafs Pomponius nicht an die condictio der Kaution selbst denkt, sondern an die condictio legati, um auf Grund solcher die Kautionsleistung zu erzwingen. Dann aber geben auch die Worte ut cautio interponatur nicht den Gegenstand, sondern den Grund der condictio an. In diesem Sinne verstanden aber besagt die Stelle auch in ihrer vorliegenden Gestalt nur, dafs „das Legat nicht um seiner selbst willen, sondern nur deshalb kondiciert werden soll, um mit der Möglichkeit der Retention das Mittel zur Erlangung der versäumten Sicherheit in die Hand zu bekommen[1]." Diese Auffassung überhebt auch der Notwendigkeit, die Worte „vel omissa" zu elidieren[2]. Denn sie besagen nur, dafs auch irrtümliche Unterlassungen durch die condictio wieder gut gemacht werden können. In diesem Verstande ist die Stelle in der That nur ein Zeugnis für die „Denkfigur[3]", unter der die condictio cautionis den klassischen Juristen vorschwebte. Nicht davon wird ausgegangen, dafs irrtümlich Unterlassenes zurückgefordert werden kann, vielmehr von der Rückforderung der Grundleistung, um die irrtümlich unterlassene Leistung durch Retention geltend zu machen. Ebenso aber ist auch die in l. 69 § 3 cit. versagte condictio keine condictio cautionis,

[1] Pflüger, l. c. S. 79.
[2] A. M.: Pflüger, l. c. S. 79.
[3] Vgl. Pernice, Labeo III S. 205.

vielmehr, wie schon Cuiacius[1] richtig erkannt hat, condictio des ohne Kautionsleistung in die Hand des Beklagten gelangten Fideikommisses selbst, condictio certae pecuniae oder certae rei. Eine solche wird denn auch in dem analogen Falle der l. 7 § 4 D. 33, 4[2], auf den schon Cuiacius verweist, gewährt. Im Gegensatze zu Trampedach[3] mufs daher aus diesen Stellen gerade der Satz entnommen werden, dafs die Unterlassung der Kaution eine an sich geschuldete Leistung zum indebitum mache. Dagegen wird man diesen Satz jedenfalls erst einer Periode fortgeschrittenerer Rechtsanschauung zuschreiben dürfen. In früherer Zeit stand ihm vermutlich die strenge Auffassung der pluris petitio entgegen.

Die wenigen Stellen, die für die condictio cautionis geltend gemacht werden können, waren demnach weniger durch textkritische Änderungen, als vielmehr durch den Hinweis darauf zu beseitigen, dafs zumeist nur der durch die auch sonst begegnende Rechtsfigur der condictio incerti getrübte Blick an diesen Stellen eine solche erkennen zu müssen glaubte. Dieses Ergebnis ist ein um so befriedigenderes, als dadurch der scheinbare Widerspruch dieser Stellen mit einigen anderen[4] behoben ist, die trotz Vorliegens desselben Thatbestandes die condictio cautionis, die hier gewährt scheint, dort zu verweigern oder zu ignorieren scheinen. Dieser Widerspruch aber liefs sich bis nun auch nicht durch den Hinweis auf die historische Entwicklung der condictio aus der Welt schaffen. Denn diese widersprechenden Entscheidungen gehören zum Teil nicht nur derselben Zeitperiode, sondern sogar denselben Autoren an.

---

[1] Comm. in libr. 19 Quaest. Papin. ad h. l. p. 552 sequ. (Frankfurt 1595).

[2] Vgl. auch l. 1 § 11 und l. 26 D. 35, 2.

[3] l. c. S. 121 f.

[4] l. 39 D. 12, 6; l. 9 § 4 D. 10, 4; l. 1 § 17 D. 36, 3; vgl. Pernice, Labeo III S. 203 n. 5; Elvers, Servituten S. 565 f.; Baron, Abh. I S. 253 f.

Als Fälle der condictio cautionis werden endlich bisweilen[1] noch l. 16 § 2 D. 4, 4 und l. 31 D. 12, 6 aufgeführt. Allein diese beiden gewähren nur ihrem äufseren Anscheine nach das Bild einer cautionis condictio. Thatsächlich aber handelt es sich dort um Rückforderung oder Befreiung von einer unbegründeterweise oder im Übermafse geleisteten oder versprochenen Kaution. Sie stellen daher ihrem inneren Gehalte nach richtiger Fälle der condictio obligationis oder liberationis dar. Dementsprechend werden sie dort ihren geeigneten Platz finden.

Die condictio obligationis oder liberationis ist denn auch jene, die schliefslich noch allein ihre Stellung behauptet. Sie tritt in so verschiedener Form auf, dafs sie nicht schematisch durch die actio certae pecuniae ersetzt werden kann. Ihre Position kann daher nur genommen werden, wenn man die Mühe nicht scheut, Stelle für Stelle auf ihre Glaubwürdigkeit zu untersuchen. Für die dem Julian zugeschriebenen Fragmente: l. 3 D. 12, 7; l. 46 pr. D. 23, 3; l. 2 §§ 3 u. 4 D. 39, 5; l. 18 § 1 D. 39, 6 und l. 7 D. 44, 4 ist dieser Nachweis bereits gelungen. Es erübrigt aber trotzdem noch eine stattliche Reihe: l. 16 § 2 D. 4, 4 (Pomponius); l. 5 § 1 D. 19, 1; l. 8 §§ 2 u. 3 D. 16, 1 (Marcellus-Ulpian); l. 76 D. 23, 3 (Tryphonin); l. 5 § 5 D. 44, 4; l. 12 D. 46, 2 (Paulus); l. 24, l. 31 D. 12, 6; l. 1 pr. D. 12, 7; l. 1 pr. D. 36, 4; l. 13 D. 46, 2 (Ulpian).

Nun hat die fehlerhafte Konstruktion der l. 16 § 2 cit. diese schon längst als interpoliert erkennen lassen[2]. Ihre formale Fehlerhaftigkeit liegt aber in der Konstruktion quod potuit .... an deren Stelle ein Accusativ cum Infinitiv zu stehen hätte, und in dem sattsam bekannten incerti condici. Überdies geht sie von einer unrichtigen Voraussetzung aus, indem „der Satz solvit qui promittit bei Promissionen individueller Sachen nicht gilt“. Es er-

[1] Trampedach, l. c. S. 118 f.

[2] Pernice, Labeo III S. 203 n. 5; Trampedach, l. c. S. 142.

übrigt daher nur, die Worte: sed et illud .... munitus est vollständig zu streichen, wodurch die Möglichkeit einer condictio überhaupt ausscheidet[1]. Ein weniger durchgreifendes Auskunftsmittel wäre darin gelegen, sich mit der Streichung des incerti, die kein Bedenken erregen kann, zu begnügen. Mag dann das fehlerhafte quod auf Rechnung des Pomponius oder Ulpians zu setzen sein, immerhin liefse die Stelle dann die Deutung auf eine condictio certae pecuniae zu, indem die condictio auf Acceptilation der Kautionsstipulation gerichtet zu denken wäre. Und in diesem Sinne verstanden würde die hier gewährte condictio allerdings an die condictio indebiti promissi in l. 31 D. 12, 6 u. s. w. erinnern[2].

In l. 5 § 1 cit. hat bereits Gradenwitz[3] die Worte: quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest als unklassisch bezeichnet. Denn doli exceptio bonae fidei iudiciis inest. Auch kann trotz Vorliegens einer exceptio nicht gesagt werden: agi non potest. Überdies scheint auch der durch die Einschiebung des actor bewirkte Subjektwechsel verdächtig. Fraglich kann daher nur sein, ob hier eine Interpolation oder eine Veränderung durch die Überlieferung vorliegt[4]. Jedenfalls aber ist dieser Satz zu streichen. Dadurch nun gewinnt auch die Vermutung einen Halt, dafs der Schlufssatz: Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur, erst durch die Kompilatoren angefügt worden sei[5]. Ohne Zweifel ist jedoch das incerti zu streichen[6]. Dann steht noch der Ausweg offen, den Schlufssatz auf ein Geldlegat zu beziehen, bezüglich dessen Pomponius eine von den Kompilatoren gestrichene Einschränkung gemacht haben mochte[7].

---

[1] Pflüger, l. c. S. 101.
[2] Siehe unten S. 231. Vgl. Trampedach, l. c. S. 119.
[3] Interpolationen S. 32 f.
[4] Gradenwitz, l. c. S. 2; Lenel, Paling. I. Paulus 1636.
[5] Pflüger, l. c. S. 100.
[6] Trampedach, l. c. S. 143.
[7] Pflüger, l. c. S. 100.

In l. 8 § 2 cit. gewährt wiederum Marcellus anscheinend eine condictio incerti. Allein die Stelle ist nach mehr als einer Seite der Interpolation verdächtig. Lenel[1] begnügt sich damit, die Worte „in prima visione, ubi quasi debetrix delegata est“ als Glossem auszuscheiden. Allein Cuiacius und Anton Faber[2], neuerdings wieder Appleton[3] haben nachgewiesen, dafs visio „gerade dem Sprachschatze der Kompilatoren eigentümlich und immer interpoliert ist“. Pernice[4] sodann will die Stelle zu denen gezählt wissen, in die condictio und condicere von den Kompilatoren eingeschmuggelt sind. Diese Vermutung wird jedenfalls dadurch bekräftigt, dafs es im folgenden Paragraphen nicht heifsen könnte: interdum .... condictio competit, wenn von solcher schon vorher gesprochen worden wäre. Diese Wahrnehmungen sind sicherlich dazu angethan, die Annahme Pflügers[5] zu unterstützen, dafs die Worte: proinde secundum u. s. w. bis zum Schlusse von Ulpian nicht auf die condictio, sondern auf die restitutio actionum bezogen worden seien.

Der § 3 dieser Stelle wird besonders verständlich durch die Gegenüberstellung der l. 13 D. 46, 2. Trampedach[6] wollte auch in dieser mit Unrecht einen Fall der condictio incerti entdecken. Dort heifst es: Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit sed condictio adversus eum qui delegavit competit. Es ist demnach dem delegierten Nichtschuldner die condictio gegen den Deleganten eingeräumt, gerichtet auf Rückgabe der dem Delegatar geleisteten Nichtschuld. Die Stelle enthält aber keine Andeutung darüber, dafs dem Dritten noch nicht gezahlt sein sollte. Es bedarf daher nicht einmal des Hinweises auf den Satz solvit qui delegat, vielmehr handelt

[1] Paling. II. Ulpian 881.
[2] Vgl. Kalb, Das Juristenlatein S. 71.
[3] Interpolations S. 6 f.
[4] Labeo III S. 205 n. 1.
[5] l. c. S. 93.
[6] l. c. S. 139.

es sich offenbar um Rückforderung eines indebite solutum, nur dafs Beklagter nicht der wirkliche Empfänger, sondern der Delegant ist, dem die Zahlung zu gute kam. Diese eigentümliche Verteilung der Klagerollen aber ist lediglich eine Folge aus der Natur der Delegation[1]. Dies hat schon die Glosse[2] richtig erkannt und zum vollen Verständnisse des Falles auf § 3 cit. verwiesen. Hier wird der delegierenden femina, die contra senatus consultum obligata ihren wirklichen Schuldner delegiert hat, eine condictio gegen den Delegatar gewährt. Diese condictio scheint nun allerdings auf den ersten Blick eine incerta zu sein, denn es handelt sich dem Wortlaute nach um Auflösung einer von dem Delegaten noch nicht durch Zahlung erfüllten Delegation. Allein die Begründung: solvit enim et qui reum delegat bringt wohl mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit zum Ausdrucke, dafs die durch Stipulation bewirkte Delegation in ihren „Rückwirkungen auf die zu Grunde liegenden Deckungs- und Valutaverträge so beurteilt“ wird, „als wenn B an A und A an C bare Hundert bezahlt hätte“[3]. Bemerkenswert an der Stelle ist daher nur, dafs sich nicht einmal die Kompilatoren bemüfsigt sahen, das klare Bild der actio certae pecuniae auf Grund einer stipulationsweisen Delegation durch Einschiebung ihres „incerti“ zu trüben.

l. 76 cit. hält Pernice[4] noch für durchwegs echt, während Pflüger[5] auch sie für interpoliert erklären will. Er glaubt das ganze Zwischenstück sed si convaluerit bis condictio est ausscheiden zu sollen, da „es den Zusammenhang durch Erörterung einer gar nicht hergehörigen Frage“ unterbreche. Auch erinnere dessen „Stil an jene von Eisele[6] bemerkte Eigentümlichkeit justinianischer Kon-

---

[1] Vgl. Salpius, Novation und Delegation a. a. O. S. 74.
[2] Gl. condictio ad l. si non (13) D. 46, 2.
[3] Salpius, l. c. S. 102 f.
[4] Labeo III S. 205 n. 4.
[5] l. c. S. 103.
[6] Sav.-Z. R.A. VII S. 23.

stitutionen", „dafs mit der Disposition des Gesetzes die Motivierung verbunden wird, und zwar ungemein häufig in Form direkter Fragesätze." Endlich hat die in diesem angefochtenen Teile enthaltene Wendung: si stipulanti quivis alius promisisset aut dotem alicuius nomine wegen ihrer Sinnlosigkeit schon Mommsens[1] Bedenken erregt. Zu diesen Bedenken sprachlicher Natur tritt aber noch eine Reihe juristischer hinzu. Es ist zwar anerkannt, dafs die durch Delegation bewirkte donatio mortis causa durch den vorzeitigen Tod des Beschenkten von selbst hinfällig werde[2]. Auch ist dem Geschenkgeber für den Fall, dafs die bereits vollzogene Schenkung durch den Wegfall der Bedingung hinfällig wird, die condictio eingeräumt[3]. Allein die an dieser Stelle in Erwägung gezogene condictio liberationis, die Befreiung von der versprochenen aber noch nicht vollzogenen Schenkung bezweckt, steht vereinzelt. Sie scheint daher auch Savigny[4] bedenklich. Dieser nimmt deshalb an, dafs die Stelle das allgemeine Princip normiere, wonach die Schenkung von Todeswegen durch den Nichteintritt der Bedingung nicht von selbst hinfällig werde, sondern nur eine condictio begründe, wenn die Bedingtheit der Schenkung lediglich in dem Zusatze „mortis causa" ihren Ausdruck gefunden habe. Eine Ausnahme gelte nur für Schenkungen unter Ehegatten, da solche kraft Rechtens nichtig seien und nur mortis causa Rechtskraft erlangen. Allein thatsächlich beweist l. 52 cit. dies nicht für die einfache mortis causa donatio unter Ehegatten, sondern nur für den Fall der Delegation. Ebenso läfst sich kein weiterer Beweis dafür anführen, dafs der Zusatz mortis causa nicht an sich genügt haben sollte, die Schenkung im gegenteiligen Falle hinfällig zu machen. Vielmehr läfst sich das Gegenteil aus jenen Stellen schliefsen, die im Überlebungsfalle zunächst und sofort die rei vindicatio, die condictio dagegen

---

[1] Seine Digestenausgabe n. 1 ad h. l.
[2] l. 52 § 1 D. 24, 1.
[3] l. 35 § 3 D. 39, 6.
[4] System, IV S. 257 n. m.

nur dann gewähren, wenn die donationis causa hingegebene Sache inzwischen extincta oder consumpta ist[1]. Mit diesen Stellen befindet sich der hier gelehrte Satz: remittatur obligatio per condictionem offenbar in Widerspruch. Es bleibt daher in der That nichts übrig, als die von Pflüger vorgeschlagene umfassende Ausmerzung vorzunehmen.

Paulus gewährt die condictio liberationis an zwei Stellen[2]. In der einen[3] hat schon Pernice[4] die Worte „condictione vel incerti si non pecunia soluta esset vel certi si soluta esset" für wahrscheinlich interpoliert erklärt. Diese Vermutung wird auch durch die fehlerhafte Stellung des non äufserlich beglaubigt[5]. Auch wurde bereits betont, dafs den Römern die stipulationsweise Delegation der Delegation durch Barzahlung vollkommen gleichgalt. Die Delegation stand als Fall der solutio unter dem Einflusse des doppelten Satzes solvit qui delegat und solvit qui promittit. Es unterliegt daher keinerlei Bedenken, die von Pernice angezweifelten Worte mit Pflüger[6] ohne weiteres als unecht zu bezeichnen.

Dieselbe Bewandtnis aber hat es offenbar mit dem Schlusse der anderen Stelle[7]: ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur[8]. Nur wäre hier ein anderer Ausweg dadurch gegeben, dafs die condictio nicht ausdrücklich als incerti condictio bezeichnet erscheint. Es wäre nämlich möglich, dafs diese Worte nicht das Klagepetit, sondern nur den praktischen Erfolg der Klage bezeichnen sollten. Dann könnten sie unbedenklich auch Paulus selbst zugeschrieben werden, der trotzdem von dem Gedanken erfüllt sein mochte, dafs die Promissio der

---

[1] l. 29 D. 39, 6; l. 35 § 3 eod. u. a. m.
[2] l. 5 § 5 D. 44, 4; l. 12 D. 46, 2.
[3] l. 12 D. 46, 2.
[4] Labeo III S. 204 n. 5; Lenel, Paling. I. Paulus 483.
[5] Mommsen in seiner Digestenausgabe ad h. l.
[6] l. c. S. 89; A. M.: Trampedach, l. c. S. 139.
[7] l. 5 § 5 cit.
[8] Pflüger, l. c. S. 91.

Zahlung, demnach auch die durch Acceptilation zu vollziehende Befreiung der Rückzahlung gleichstand, und die eine wie die andere den Charakter eines certum an sich trug.

l. 24 und l. 31 D. 12, 6 verlieren den Charakter einer condictio incerti, wenn man sie von dem Satze ihren Ausgang nehmen läſst: solvit qui promittit[1]. Der Satz ist in dieser Form den Quellen allerdings fremd. Bei der Delegation aber galt im Verhältnisse zu dritten Personen die Stipulation zwischen dem Delegaten und Delegatar den Römern offenbar „nicht als Novationsstipulation, sondern als ein dem baren Gelde gleichstehendes Zahlungsmittel". Es sprechen daher wohl „überwiegende Gründe dafür, das Resultat, welches wir für die Stipulation von einem Dritten gefunden haben, auch auf diesen Fall auszudehnen", wo die Stipulation „an die Stelle einer unter denselben Parteien bestehenden Obligation zu treten bestimmt ist"[2]. Ja in gewissem Sinne bieten die in Rede stehenden Stellen — man verzeihe die petitio principii — einen Beleg für diese Annahme, da andernfalls die sicherlich unentbehrliche indebiti promissi condictio unter der Herrschaft der condictio certi undenkbar wäre.

Mit dieser Annahme befindet sich nun allerdings l. 1 pr. D. 12, 7 in direktem Widerspruche, indem sie ausdrücklich erklärt: qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem. Doch hat die Stelle schon auf Baron[3] den Eindruck gemacht, „daſs bloſs Anfang und Ende einer juristischen Exposition vorliegen, die Mitte aber von den Kompilatoren herausgeschnitten ist." Das Fragment erregt daher auch den Verdacht Pernices[4]. Es wird deshalb wohl mit Pflüger[5] anzunehmen sein, daſs Ulpian den Worten qui autem promisit sine causa Ausführungen folgen

[1] Pflüger, l. c. S. 95, 99.
[2] Salpius, Novation S. 179 f.
[3] Abh. I S. 39.
[4] Labeo III S. 203 n. 5 u. S. 216 n. 3.
[5] l. c. S. 98 f.

liefs, die von den Kompilatoren durch den Schlufs condicere quantitatem kurz abgebrochen und aus Mifsverständnis oder mit Absicht vielleicht gerade in ihr Gegenteil verkehrt wurden.

In l. 13 D. 46, 2 sodann glaubt Trampedach[1] wohl in Anbetracht der in der unmittelbar vorausgehenden l. 12 von Paulus getroffenen Unterscheidung eine condictio incerti für den Fall annehmen zu müssen, wo Delegat erst promittiert aber noch nicht erfüllt hat. Ja er erblickt in der Stelle, da sie den Zusatz incerti nicht enthält, dennoch aber den Thatbestand solcher condictio incerti darbietet, geradezu ein klassisches Beispiel der condictio incerti. Allein, um die Irrigkeit dieser Annahme darzuthun, genügt nunmehr wohl der blofse Hinweis auf den Satz: solvit qui promittit.

So erübrigt als einziger und letzter Fall der condictio incerti nur mehr l. 1 pr. D. 36, 4, die allerdings auch Pflüger[2] „nicht unerhebliche Schwierigkeiten“ bereitet hat. Er findet schliefslich nur den Ausweg, dafs „auch statt der satisdatio durch Bürgen wie das Edikt sie forderte,“ „gelegentlich, wenn keine Bürgen aufzutreiben waren, eine Sicherung durch Pfand vorgekommen sein“ dürfte. Er setzt daher an Stelle der satisdatio die fiducia, streicht „die verdächtigen Worte ut heres condicat liberationem“ und erhält auf diese Weise eine condictio fiduciae. Diese Auslegung aber scheint in der That unhaltbar, denn die fiducia des klassischen Rechtes war bonae fidei negotium und darum wohl eine aus ihr als Geschäftsklage entspringende condictio undenkbar. Die Ausdrucksweise der Stelle ist freilich nach mehr als einer Richtung bedenklich. Insbesondere fallen auch hier die wiederholten Fragesätze auf. Ebenso ist die ausdrückliche Anerkennung der condictio auch für den Fall eines Rechtsirrtumes zumindest erstaunlich[3]. Angesichts

---

[1] l. c. S. 139, 142.

[2] S. 104.

[3] Vgl. Gradenwitz, Interpol. S. 153.

dieser und anderer Verdachtsmomente[1] kann die Interpolation der Stelle nicht zweifelhaft sein. Es bleibt daher nur die Wahl anzunehmen, dafs Ulpian von der condictio liberationis überhaupt nicht gesprochen habe, oder aber, dafs er den Satz solvit qui promittit bereits in einem weiteren Umfange aufzufassen geneigt gewesen sei. Nachdem sich einmal die Gleichstellung der promissio und solutio unter gewissen Voraussetzungen eingebürgert hatte, fehlte nur mehr ein Schritt, um in der Gebundenheit durch das in Stipulationsform erklärte Wort überhaupt schon eine Art solutio zu erblicken. Auch stand die Acceptilation, die Befreiung von solcher Gebundenheit bezielte, von jeher der solutio gleich. In dieser Vorstellung befangen mochte Ulpian vielleicht unter der condictio, die auf Acceptilation, sei es auch einer incerta stipulatio, gerichtet war, eine condictio certi sich vorstellen und mit der Gewährung solcher dem Beispiele des Pomponius in l. 16 § 2 D. 4, 4 folgen. Immerhin aber wird, nachdem alle von der condictio incerti handelnden Stellen ihrem ursprünglichen Sinne nach auf eine condictio certi bezogen werden konnten, diese einzige in ihrer überlieferten Form jedenfalls verderbte Stelle nicht im stande sein, dieses Ergebnis zu erschüttern, wenn auch nicht zu leugnen ist, dafs damit vielleicht der Weg gewiesen war zum Ausbau der condictio incerti.

Mit dieser Stelle aber ist das Material für die condictio incerti erschöpft. Eine solche haben weder l. 9 § 5 D. 22, 6 und die damit im Zusammenhange stehenden l. 39 D. 12, 6 und ll. 1 und 9 C. 6, 50 noch auch l. 45 D. 12, 6 und l. 30 pr. D. 19, 1 zum Gegenstande. Ebensowenig können auch l. 26 § 12 D. 12, 6 und l. 65 § 7 eod. zum Beweise für eine condictio incerti herangezogen werden.

In l. 9 § 5 und l. 39 cit. hat neuestens noch Erxleben[2] eine condictio incerti vermutet, die auf Bestellung

---

[1] Vgl. Pflüger, l. c. S. 104; Lenel, Paling. II. Ulpian 1251.

[2] Die condictiones sine causa I S. 106 n. 43; Donellus, comm. XIV c. 12 § 15; Heimbach, Lindes Zeitschr. N. F. IV S. 74.

einer unterlassenen Kaution gerichtet sein soll. Allein demgegenüber wurde mit Recht betont, daſs „sowohl im Reskript der Kaiser Servius und Antoninus selbst als auch im Berichte Marcians über dasselbe und in einem späteren, dasselbe Reskript anwendenden Erlasse Gordians (l. l. 1 und 9 C. cit.) beständig die Ausdrücke repetere und repetitio wiederkehren, welche sich doch nur auf die Rückforderung des realen plus debito beziehen können," und „daſs die Kaiser bei der Entscheidung durch Reskript sich doch wohl von rein praktischen Erwägungen leiten lieſsen und daher in bündiger Weise die Rückforderung des wirklich nach der lex Falcidia zu viel Gezahlten gestatteten" (l. 1 C. cit.)[1].

l. 45 und l. 30 pr. cit. aber gewähren, selbst wenn der überlieferte Wortlaut echt sein sollte, wogegen allerdings schwerwiegende Bedenken obwalten, lediglich eine actio certae pecuniae[2]. Denn das eine Mal bezweckt die condictio Rückgabe der irrtümlich bezahlten Kaufschuld, das andere Mal[3] Ersatz für die gestohlene Sache aus dem mit dem Sklaven verkauften peculium. Diese beiden Stellen wurden denn auch bis nun noch nicht für die condictio incerti herangezogen.

Irrig wäre es schlieſslich auch, in l. 26 § 12 und l. 65 § 7 cit. Fälle einer condictio incerti zu erblicken. Denn diese beiden Stellen haben, wie Pernice[4] gegenüber Baron[5] und Bekker[6] hervorgehoben hat, eine „auf dare operas selbst gerichtete Formel" im Auge. Pflüger[7] schlieſst sich dieser Auffassung zwar an, meint aber wie Lenel[8], namentlich im Hinblicke auf das „pecuniam con-

[1] Trampedach, l. c. S. 123.
[2] Pflüger, l. c. S. 88.
[3] Vgl. Pernice, Labeo III S. 251.
[4] Labeo III S. 85 n. 4, S. 210.
[5] Abhandl. I S. 229 f.
[6] Aktionen I S. 110.
[7] l. c. S. 105 ff.; vgl. Trampedach, l. c. S. 128 ff.
[8] E. P. S. 186 n. 3 und S. 270; vgl. auch Leist, Glücks Kommentar, Serie der Bücher 37 und 38, 5. Teil S. 262 ff.; Rudorff, E. P. § 144; Demelius, Schiedseid S. 40 ff.

dicam" der zweiten Stelle, dafs eher an eine actio certae pecuniae zu denken sei, die „auf den Betrag des quanti tu locaturus fuisses" gerichtet wäre. Allein so wenig sich im allgemeinen gegen diese Annahme einwenden läfst, so scheint sie doch nicht mit Notwendigkeit aus dieser Stelle gefolgert werden zu müssen. Ihre Worte lassen vielmehr auch die Auffassung zu, dafs sie lediglich den Schätzungsmafsstab abzugeben bestimmt sind, der die operae zu einem certum zu machen geeignet ist. In diesem Sinne verstanden bestätigen sie die Vermutung, dafs der Begriff des certum als Grundlage der condictio nach jeder Richtung eine wesentliche Erweiterung erfahren habe.

Haben aber die Quellen schon vorher ergeben, dafs „bei Gaius, Scaevola, Papinian u. s. w. sich auch nicht eine Spur der condictio incerti" findet[1], und war „die Negierung der condictio incerti seitens der obengenannten Juristen" schon bis nun „um so weniger auffallend, als für dieselbe in der That kein dringendes praktisches Bedürfnis bestand, sondern ihre Anwendung sehr wohl durch die actiones in factum, actiones utiles" u. s. w. „ersetzt werden konnte[2]", so kann die Annahme, dafs auch die von anderen Autoren angeblich überlieferte condictio incerti der Echtheit ermangle, auf nicht allzugrofsen Widerspruch stofsen. Diese Annahme scheint aber durch den für die einzelnen Stellen versuchten Beweis der Interpolation beglaubigt. Die condictio incerti gewinnt damit den Charakter einer erst von den Kompilatoren geschaffenen Neuerung. Zu solcher sahen sie sich vielleicht zum Teil durch die mifsverständliche Auffassung einzelner Stellen veranlafst, die ihrer unbefangenen Ausdrucksweise nach eine condictio incerti zu gewähren scheinen, thatsächlich aber damit nur den Erfolg der von ihnen beabsichtigten condictio certi zum Ausdrucke bringen. Dem Beginnen der Kompilatoren aber stellten sich auch

---

[1] Vgl. l. 5 § 2 D. 25, 1; l. 31 § 3 D. 39, 6; l. 69 § 3 D. de leg. II. u. a. m.

[2] Trampedach, l. c. S. 120, 124.

keine prozessualen Bedenken entgegen, weil mit der Aufhebung des Formularprozesses auch die Beschränkung der condictio auf das certum ihre selbständige und besondere Bedeutung verlieren mufste. Für das klassische Recht aber vermag sich demnach nur die condictio certi zu behaupten. Es kann daher, nachdem sowohl die condictio triticaria wie die condictio incerti aus dem Album des Prätors verwiesen sind, der Gegensatz zu dem certum der Rubrik si certum petetur in der That nur aufserhalb des Titels de rebus creditis gesucht werden[1].

§ 12. Die Bereicherung als Gegenstand der Condictio.

War das incertum niemals Gegenstand der condictio, so konnte es nur das certum sein in der doppelten Form der certa pecunia und der certa res. Die Frage ist daher nur mehr die, welches der mafsgebende Zeitpunkt für die Bestimmung dieses certum gewesen sei, und welche Stellung die Verurteilung auf die Bereicherung, die condemnatio in id quod locupletior factus est, zur condictio eingenommen habe.

Als mafsgebender Zeitpunkt für den Umfang der Restitutionspflicht auf Grund der condictio konnte bereits die Litiskontestation festgestellt und daraus deren Charakter als einer stricti iuris actio abgeleitet werden. Auch der Widerspruch der l. 3 D. 13, 3 mit diesem Grundsatze hat bereits seine befriedigende Lösung gefunden. Ein Widerstreit der Meinungen besteht jedoch noch in der Richtung, dafs die einen nur bei Rückforderung einer Species die condictio auf rem ipsam, bei einem genus dagegen sofort auf tantundem gerichtet sein lassen, während die anderen auch in dieser Hinsicht Einheit des Klagegegenstandes, in allen Fällen rem ipsam als Gegenstand der condictio angesehen wissen wollen[2].

---

[1] Vgl. Lenel, E. P. S. 186 f.

[2] Vgl. die Litteratur bei Mandry, Archiv für die civ. Praxis 48. Bd. S. 220 n. 1.

Man hat sich für die Annahme, dafs die Genus-condictio sofort auch tantundem gerichtet gewesen sei, zunächst natürlich auf die bekannte Rechtsparömie berufen: genus perire non censetur[1]. Allein es ist immer bedenklich, die Bedeutung solch allgemeiner Sentenzen allzusehr zu urgieren[2]. Gerade die mifsglückte Hervorhebung eines anderen allgemeinen Satzes: neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem sollte auf dem Gebiete der condictio zumindest zur Vorsicht gemahnen. Nun ist es aber für die condictio sicher bezeugt, dafs sie, „wo es sich um Rückgabe eines bestimmten Gegenstandes handelte“, „unmittelbar auf diesen gerichtet wurde, selbst dann, wenn er nicht mehr vorhanden war“. Die condictio einer Quantität vertretbarer Sachen aber mufste zwar „von vornherein auf das Genus gestellt werden“. Doch kam auch hier „die besondere Beschaffenheit und Güte der geschuldeten Sachen in Frage[3]“. War daher auch in dem einen und in dem anderen Falle, bei der condictio einer nicht mehr vorhandenen Species nicht minder wie bei der einer individuell untergegangenen Genussache, Restitution der res ipsa nicht möglich, so fehlt es doch an einem Anhaltspunkte dafür, dafs nicht auch im letzteren Falle die condictio zunächst auf das individualisierte Genus sollte abgestellt werden können. Ob nicht in solchem Falle die Klage auch sofort auf tantundem abgestellt werden konnte, ist eine andere Frage, die an diesem Ergebnisse nichts zu ändern vermag, und die geeigneteren Ortes zu beantworten sein wird[4].

Ist aber die condictio in jedem Falle strenge abstrakte Klage auf ein certum und auf res ipsa, so scheint es auffallend, wenn es zu wiederholten Malen von ihr heifst: ex

---

[1] Vgl. Dernburg, Pand. II § 25.

[2] Vgl. Pernice, Labeo II S. 269.

[3] Vgl. Labeo II S. 267 f. und die dort Note 20—24 citierten Stellen.

[4] Vgl. vorläufig Pernice, Labeo II S. 268 und Sav.-Z. R.A. XIII. S. 251.

aequo et bono introducta est u. a. m.[1]. Allein dieser Widerspruch ist nur ein scheinbarer, der lediglich daraus entstanden ist, dafs man den Entstehungsgrund der Klage mit deren Anwendungsgebiet verwechselte. Eine Klage, die dem natürlichen Billigkeitsgefühle ihr Entstehen verdankt, mufs deshalb allein noch nicht eine actio bonae fidei sein. Nicht strenges und billiges Recht ist der Gegensatz, der durch strictum ius auf der einen und bona fides auf der anderen Seite bezeichnet werden soll. Zu solcher Unterscheidung verleitet nur die schwerlich klassische Bezeichnung. Mit diesem Gegensatze soll vielmehr die Stellung des iudex zu der formulierten Rechtsfrage gekennzeichnet werden, das Verfahren in iudicio sein besonderes Gepräge erhalten. Die condictio kann daher sehr wohl actio stricti iuris und trotzdem ex aequo et bono introducta sein. Mit der einen Bezeichnung soll eben ihre prozessuale Natur charakterisiert, dem iudex eine Richtschnur für seine richterliche Thätigkeit gegeben, mit der anderen die materiellrechtliche Natur der condictio als eines aus dem allgemeinen Billigkeitsgefühle entsprungenen Rechtsanspruches gekennzeichnet werden[2]. Diesem Einflusse der Billigkeit mag es allerdings in erster Linie zuzuschreiben sein, dafs die strenge Formel dare oportere im Laufe der Zeit auf Rechtsverhältnisse Anwendung fand, deren Unterwerfung unter die condictio jedenfalls anfänglich nicht geplant war; dafs aber gerade die condictio solche Ausdehnung ihres Anwendungsgebietes erfuhr, das hatte sie zweifellos zunächst und vor allem ihrer abstrakten Formel zu danken. Immer aber blieb die condictio ein und dieselbe einheitliche Klage auf ein certum.

Dieser Einheit der condictio auch hinsichtlich ihres Klagegegenstandes scheint es nun zu widerstreiten, dafs sie

---

[1] l. 65 § 4, l. 66 D. 12, 6 u. s. w.

[2] Vgl. Windscheid, Die Actio § 4; Rudorff, röm. R.G. II. §§ 40—42; Bethmann-Hollweg, II S. 261—276; Brinz, II S. 507; Pernice, Labeo I S. 416 u. 418; Wlassak, neg. gestio, S. 162 n. 10.

unter Umständen auf die Bereicherung beschränkt erscheint. Dem ist eine doppelte Bemerkung vorauszuschicken. Die Bereicherung als Klagegegenstand ist weder eine der condictio allein noch auch eine der condictio regelmäfsig anhaftende Eigentümlichkeit. Nicht jede Bereicherung mufs Gegenstand einer condictio, nicht jede condictio darf nur auf die Bereicherung gerichtet sein. Die Bereicherung kann auch den Gegenstand einer condictio ausmachen, eine condictio kann auch die Bereicherung zum Gegenstande haben. Das ist die dem thatsächlichen Verhältnisse zwischen condictio und Bereicherung zunächst kommende Formulierung[1].

Nicht darum handelt es sich an dieser Stelle, ob die condictio einen Anspruch aus der Bereicherung zu verfolgen berufen ist, denn mit dieser Frage deckt sich die nach der materiellrechtlichen Wurzel der condictio, die in anderem Zusammenhange zu erledigen sein wird. Für die prozessuale Natur der condictio, für ihre Formel kommt es schon darum, weil diese Formel der causa überhaupt nicht gedenkt, eine abstrakte ist, lediglich darauf an, ob und inwieweit die condictio auf die Bereicherung als Gegenstand gerichtet sein kann. Für diese Frage aber ist es jedenfalls von ausschlaggebender Bedeutung, wenn das Ergebnis dieser Untersuchung mit der soeben aufstellten Behauptung übereinstimmen sollte, dafs Bereicherung und Kondiktionsgegenstand nicht identische sondern zwei sich durchkreuzende Begriffe darstellen.

Die Bereicherung ist möglicher Gegenstand der verschiedenartigsten Klagen. Dies die eine These. Der Grund dafür aber, dafs der Gegenstand mannigfacher Klagen, wiewohl man einen weiteren Umfang erwarten sollte, unter Umständen auf die Bereicherung beschränkt erscheint, ist wiederum zweifacher Art. Bald ist er in subjektiven Dispositionen der einen oder anderen Partei, bald in objektiven durch die Natur des unterliegenden Rechtsverhältnisses veranlafsten Umständen zu suchen[2]. In subjektiver Be-

---

[1] Vgl. Brinz Pand. II. S. 504 ff.

[2] Vgl. Jacobi, Dogm. Jahrb. IV. a. a. O. S. 205 ff.

ziehung kommt vor allem der Pupill in Betracht, dessen Haftung regelmäfsig auf die Bereicherung beschränkt ist, mag der Klagegrund sein, welcher er wolle. Vorausgesetzt ist dabei nur, dafs es sich um einen Geschäftsschlufs sine auctoritate tutoris handelt und der Pupill auch nicht durch falsche Vorspiegelungen seinen Gegenkontrahenten absichtlich in die Täuschung versetzt hat, als ob er es mit einem vollkommen handlungsfähigen Partner zu thun hätte[1]. Treffen aber diese beiden Voraussetzungen zu, so wird eine Verpflichtung des Pupillen ohne Rücksicht auf die Natur des jeweils vorliegenden Rechtsgeschäftes nur in diesem beschränkten Umfange begründet[2]. Ebenso kann sich der Gegenkontrahent des Vormundes in einem den Pupillen betreffenden Geschäfte wegen eines dem Vormunde zur Last fallenden dolus an den Pupillen selbst nur bis zum Belaufe der diesem zugefallenen Bereicherung halten[3].

Der zweite Hauptfall der Haftbeschränkung auf die Bereicherung infolge subjektiver Umstände ist der des Erben. Deliktsklagen aller Art sind gegen den Erben des Delinquenten regelmäfsig auf die Bereicherung beschränkt[4]. Ist nun auch die condictio furtiva keine Deliktsklage, so verdient es doch an dieser Stelle neuerlich hervorgehoben zu werden, dafs sie, eine condictio, gegen den Erben niemals auf die Bereicherung beschränkt erscheint[5]. Zu den genannten beiden Fällen treten noch einige andere subjektive Gründe beschränkter Haftung hinzu, bei deren Eintritt jede oder wenigstens zahlreiche Klagen den Verpflichteten nur nach Mafsgabe der ihm zu teil gewordenen Bereicherung haften lassen, wie bona fides u. a. m[6]. Es sind demnach

[1] l. 3 § 1 D. 4, 4.

[2] l.l. 8, 36 D. 3, 5; l.l. 13, 15 D. 4, 3; l. 3 D. 13, 5; l. 10 D. 14, 3; l. 8 D. 16, 1; l. 1 D. 16, 3; l. 1 D. 26, 8; l. 5 eod.; l. 4 D. 44, 4; l. 66 D. 46, 3 u. a. m.

[3] l. 13 D. 19, 1; l. 3 D. 26, 9.

[4] l. 26 D. 4, 3; l. 51 D. 5, 3; l. 52 D. 6, 1; l. 23 D. 9, 2; l. 12 D. 10, 4; l. 4 D. 39, 4.

[5] l. 7 § 2 D. 13, 1.

[6] l.l. 20, 22 D. 5, 3; l. 3 D. 25, 2; l. 6 D. 42, 8 u. a. m.

der Gründe genug, um die Behauptung zu rechtfertigen, daſs die Bereicherung als Klagegegenstand nicht als charakteristisches Merkmal einer bestimmten Klage und insbesondere nicht der condictio gelten kann.

In objektiver Hinsicht wird die Hauptmasse der Fälle bloſser Bereicherungshaftung durch die Schenkung gebildet[1]. In dem Umstande nun, daſs die durch Schenkung bewirkte Bereicherung zumeist durch die condictio zur Rückforderung gelangt, mag wohl der wesentliche Grund für die Anschauung gelegen sein, die condictio und Bereicherungsanspruch zu identifizieren gewohnt ist. In sich selbst zerfallende Schenkungen, seien es nun Schenkungen unter Ehegatten oder mortis causa oder Schenkungen in fraudem creditorum u. a. m. verpflichten den Empfänger in der Regel nur zur Rückleistung dessen, was er von solcher unentgeltlicher Zuwendung noch in Händen hat. Der Grund hierfür ist wohl nur der, daſs in solchen Fällen bloſs die frühere Vermögenslage wiederhergestellt, nicht aber dadurch ein Minus in dem Vermögen des Belangten verursacht werden soll. Die Gefahr der Schenkung trägt gewissermaſsen der Geschenkgeber. Doch auch in diesen und anderen Fällen, wo objektive Gründe die Beschränkung auf die Bereicherung veranlassen, werden neben der condictio auch andere Klagen von dieser Einschränkung betroffen[2]. Auch in dieser Richtung erscheint daher die Annahme gerechtfertigt, daſs die Bereicherung als Klagegegenstand Begleiterscheinung verschiedener Klagen, nicht bloſs der condictio sein kann.

Nicht minder scheint die zweite These, daſs die condictio nicht immer und nicht regelmäſsig nur die Bereicherung zum Gegenstande habe, in den Quellen begründet. Wo dies der Fall ist, da bemerken die Quellen ausdrücklich, daſs die condictio nur in id quod locupletior factus est gerichtet werden dürfe[3]. Damit aber sind diese Fälle zweifel-

---

[1] l.l. 5, 33, 39, 57. 58 D. 24, 1 u. a. m.

[2] l. 27 § 1 u. 2. D. 4, 4; l. 28 D. 4, 3; l. 3 D. 12, 6; l. 8 § 22 D. 2, 15 u. a. m.

[3] l. 13 D. 12, 6; l. 5 D. 24, 1; l.l. 33, 57, 58 D. eod., u. a. m.

los als Ausnahmen charakterisiert. Denn wozu bedürfte es solcher Hervorhebung, wenn die condictio regelmäſsig nur die Bereicherung und nicht mehr ergreifen sollte. Auch findet sich solche Hervorhebung nicht nur bei den sogenannten condictiones sine causa. Wäre dem so, könnte daraus allerdings vielleicht auf eine besondere Form der condictio als Bereicherungsklage geschlossen werden, wenn auch im übrigen die prozessuale Einheit der condictio feststände. Indes sind ebenso Fälle überliefert, wo eine condictio ex mutuo solche Beschränkung erleidet[1], wie es andererseits nicht an Fällen fehlt, wo eine condictio sine causa ohne solche Beschränkung gewährt wird[2].

Dazu kommt endlich noch, daſs „der Begriff der Bereicherung in allen diesen Fällen kein absoluter und sich gleichbleibender ist[3]“. Denn für die Beurteilung dieser den Charakter einer Haftungsbeschränkung an sich tragenden Bereicherung kommt als maſsgebender Zeitpunkt bald der Moment der Klaganstellung[4], bald jener der Litiscontestation[5], bald jener der Urteilsfällung[6] in Betracht. Entscheidend ist, welcher Zeitpunkt für die betreffende Klage, die im konkreten Falle vom Bereicherungsmaſsstabe abhängig gemacht ist, auch sonst dem Urteilspruche zu Grunde gelegt werden müſste. Schon daraus allein ergiebt sich, ohne daſs auf andere Verschiedenheiten innerhalb der Bereicherungsgrenze hingewiesen werden müſste, wie sehr die dem Bereicherungsmaſsstabe unterworfenen Klageansprüche der einheitlichen Struktur entbehren. Es folgt daraus aber auch, daſs diese Beschränkung als etwas verschiedenen Klagen Gemeinsames auch in den verschiedenen Klageformeln zum Ausdrucke gebracht werden muſste. Es konnte keine eigene Bereicherungsformel, sondern nur einen

[1] l. 5 pr. D. 26, 8.
[2] l. 2 pr. D. 12, 5.
[3] Jacobi, l. c. S. 206.
[4] l. 47 pr. D. 46, 3; l. 37 pr. D. 3, 5.
[5] l. 47 § 1 D. 46, 3.
[6] l. 36 D. 5, 3.

für jede Klage geeigneten Formelzusatz geben, der die Beschränkung des klägerischen Anspruches auf die Bereicherung im einzelnen Falle zum Ausdrucke zu bringen bestimmt war[1].

In der That kehren denn auch überall dort, wo ein Klageanspruch auf die Bereicherung beschränkt werden soll, die stereotypen Worte wieder: in quantum locupletior factus est, quanto oder in quod, in id quod oder quatenus oder endlich einfach quo locupletior factus est. Diese Erscheinung reicht vermöge ihrer Regelmäfsigkeit für sich allein schon hin, die Vermutung begründet erscheinen zu lassen, dafs in diesen Worten Formelworte zu erblicken sind. Ihren Platz aber mufs diese taxatio wie jede andere in der condemnatio gefunden haben[2]. So wenig es also einer besonderen Klage für die Fälle bedurfte, wo die Rechtsverfolgung nicht den notwendigen Lebensunterhalt gefährden sollte, ebensowenig bedurfte es einer solchen dort, wo die Rechtsverfolgung in der Bereicherung des Beklagten ihre Schranke finden sollte[3]. Solche Beschränkung stellt vielmehr nur einen Fall der sogenannten incerta taxatio dar, die ebenso wie die taxatio certa der condemnatio incertae pecuniae prätorischen Ursprunges und nur in mancher für diesen Zusammenhang gleichgültigen Richtung besonderen Normen unterworfen war[4]. Einen ähnlichen Gedanken spricht offenbar Bekker aus, wenn er mit Berufung auf zwei Fragmente Ulpians[5] für gewisse Fälle von „Minderkondemnationen" Formelzusätze für die condictio annimmt[6]. Eines solchen Zusatzes aber bedurfte es offenbar erst, um die condictio im einzelnen Falle auf die Bereicherung zu beschränken[7]. An und für sich war die condictio nicht Bereicherungsklage in dem Sinne, dafs sie von vornherein und

[1] Vgl. Jacobi l. c. S. 185 ff.

[2] Vgl. Hefke, taxatio 1879 S. 22 ff.

[3] Jacobi l. c. S. 185.

[4] Gaius 4, 51, 52; Hefke l. c. S. 25 f.; Brinz, Krit. Vierteljahrsschr. XXI. S. 583 ff.

[5] l. 4 D. 13, 1; l. 5 pr. D. 12, 4.

[6] Aktionen I. S. 305.

[7] l. 8 § 22 D. 2, 15; l. 39 D. 24, 1 u. a. m.

in jedem Falle nur die Bereicherung zur Zeit der Litiscontestation zum Gegenstand hatte. Denn die Kondiktionenformel an sich hatte ja „gar nicht die Möglichkeit auszudrücken, dafs nur das zur Zeit der Litiscontestation noch Vorhandene zurückgefordert werden soll[1]“. Doch auch dieser Zusatz vermag an der Natur der condictio als einer auf ein certum gerichteten Klage nichts zu ändern. Denn auch in diesen Fällen ist nicht das incertum der Bereicherung der eigentliche Klagegegenstand, sondern das certum, das nur in Anbetracht gewisser Umstände in iudicio eine gewisse Einschränkung erleiden mufs. Auch in diesen Fällen ist certum in obligatione, incertum nur in solutione.

§ 13. Konkurrenzfähigkeit der condictio.

Um die aus der prozessualen Natur der condictio entspringenden Fragen zu erschöpfen, mufs endlich erörtert werden, inwieweit die condictio in die Lage kommen kann, mit anderen Klagen zu konkurrieren, und inwieweit sie imstande ist, als sogenannte condictio generalis oder Konkurrenzcondictio an die Stelle anderer Klagen zu treten. Um diese Fragen im engsten Rahmen zu beantworten, ist es vorerst unvermeidlich, den schillernden Begriff der Klagenkonkurrenz festzustellen. Klagenkonkurrenz im eigentlichen Sinne des Wortes nun wollen wir mit den Neueren[2] „nicht in der Coëxistenz, sondern in der schmälernden oder tilgenden Wirkung, die mancherlei Aktionen gegeneinander ausüben“, erblicken. Demnach kommt nur die von den Älteren[3] sogenannte elektive, die kumulative Konkurrenz dagegen nur insoweit in Betracht, als noch eine Klage nach der anderen auf ein amplius durch-

---

[1] Pernice, Labeo II. S. 267. n. 19.

[2] Savigny, System V. S. 212 f.; Merkel, Konkurs der Actionen S. 2 ff.; Brinz, Krit. Vierteljahrsschr. XX. S. 161 ff.

[3] Puchta, über die gerichtlichen Klagen, § 29, Göschen Vorlesungen I. § 156; Mertens, Über Konkurrenz und Kollision der röm. Civilklagen § 1 u. a. m.

geführt werden kann. In diesem Sinne ist der condictio konkurrierende Bedeutung nur dann beizumessen, wenn dem Kläger die Wahl zusteht zwischen ihr oder einer anderen Klage, oder wenn ihm die condictio zu Gebote steht, um ein trotz anderweitiger Klaganstellung noch ausständiges Plus geltend zu machen oder umgekehrt. Eine Untersuchung in dieser Richtung scheint aber besonders darum angezeigt, weil durch sie ein neuer Lichtstrahl auf den Gegenstand des Kondiktionsanspruches geworfen werden kann.

Nach der eben getroffenen Begriffsbestimmung der Klagenkonkurrenz scheiden also aus dieser Untersuchung die Fälle aus, wo dem Kläger neben seiner condictio gegen ein bestimmtes Subjekt zugleich eine andere Klage gegen ein anderes Subjekt aus demselben Rechtsverhältnisse erwächst. Dasselbe gilt von jenen Fällen, wo aus einem Verhältnisse, das anscheinend einen kondiktionenrechtlichen Thatbestand aufweist, überhaupt nicht eine condictio, sondern nur eine andere Klage gewährt ist[1]. Fälle der ersten Art sind die dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer gleichzeitig gewährte condictio und actio negotiorum gestorum wegen Zahlung von Erbschaftsschulden oder Legaten, die eine gegen den Zahlungsempfänger, die andere gegen den Erben gerichtet[2], ferner die dem dominus gewährten condictio und actio negotiorum gestorum wegen Zahlung eines indebitum durch den Gestor, die eine gegen den Zahlungsempfänger, die andere gegen den Gestor gerichtet[3], u. a. m.[4]. Einen Fall der zweiten Art bietet die Verweigerung der condictio im Anschlusse an ein pignus[5] u. a. m.[6] dar. Endlich erregen auch jene wahren Konkurrenzfälle wenig Interesse, wo dem Kläger gegen denselben Beklagten successive eine

---

[1] Vgl. Voigt, Die condictiones ob causam S. 773 ff.
[2] l. 19 § 1 D. 12, 6; l. 8 § 16 D. 5, 2; l. 17 D. 5, 3 u. a. m.
[3] l. 46 D. 12, 6 u. a. m.
[4] l. 38 § 1 D. 46, 3; l. 6 pr. D. 12, 6.
[5] l. 5 pr. § 2 D. 20, 1; l. 205 D. 50, 17; l. 40 pr. D. 13, 7; l. 11 § 3 eod.
[6] l. 12 D. 19, 5 u. a. m.

condictio und eine andere Klage — den Hauptfall bildet die Verbindung der condictio mit der Vindikation[1] — verstattet sind. Diese drei Gruppen können von vornherein bei Seite gelassen werden. Denn die erste behandelt Verbindungen mehrerer Thatbestände zwischen verschiedenen Beteiligten, die im Grunde genommen zwei selbständige und voneinander unabhängige Klageverhältnisse erzeugen. Die zweite aber läfst eine condictio überhaupt nicht zustande kommen. Die dritte Gruppe schliefslich hat zwar eine Mehrheit von Rechtsverhältnissen zwischen denselben Personen zum Gegenstande, läfst jedoch die beiden anscheinend konkurrierenden, thatsächlich aber successive entstandenen Klagen juristisch vollkommen selbständig nebeneinander auftreten[2].

Es rechtfertigen demnach nur jene Fälle eine besondere Betrachtung, wo demselben Kläger wider denselben Beklagten eine condictio oder eine andere Klage alternativ zu Gebote steht. Doch auch von diesen sollen nur die das besondere Interesse herausfordernden Konkurrenzfälle des näheren betrachtet werden, wo die condictio mit einer actio adiecticiae qualitatis, mit einer actio praescriptis verbis oder mit einer rei vindicatio utilis in Wettstreit tritt. Diese Beschränkung scheint um so begründeter, als die übrigen Konkurrenzanwendungen der condictio teils nur vereinzelt auftreten, teils als Anwendungsfälle der condictio generalis anzusehen und daher in deren Rahmen zur Erörterung zu bringen sind.

§ 14. Condictio und actio adiecticiae qualitatis.

Die Frage nach der Konkurrenzfähigkeit der condictio mit einer actio adiecticiae qualitatis kann rasch erledigt werden, da sie bereits im Zusammenhange der Kondiktionenlehre Julians in den wesentlichsten Punkten zur Darstellung gelangt und den kürzlich veröffentlichten Ausführungen von Mitteis[3] kaum mehr etwas von Bedeutung hinzuzufügen ist.

---

[1] Vgl. Voigt l. c. §§ 80 u. 81.
[2] Vgl. Voigt l. c. S. 775.
[3] Dogm. Jhrb. 39. Bd. S. 167 ff.

Eine Zusammenstellung der diese Frage behandelnden Fragmente hat zuletzt Mitteis gegeben. Es ist nun vor allem bemerkenswert, dafs diese Stellen alle mit Ausnahme einer einzigen[1] den zur condictio ermächtigenden Umstand in dem der jeweiligen adjekticischen Klage innewohnenden iussus erblicken. Dies allein genügt, um die Annahme zu rechtfertigen, dafs der Grund der condictio in der civilrechtlichen Verpflichtungskraft des iussus zu suchen sei. Nur eine Frage von historischem Interesse ist es dabei, ob der iussus als altciviles Institut angesehen[2] oder ob angenommen werden soll, dafs diese Verpflichtungskraft des iussus erst später aus dem prätorischen in das civile Recht übernommen worden sei[3]. Das letztere ist jedenfalls wahrscheinlicher. Denn hätte der iussus von jeher civilrechtliche Verpflichtungskraft gehabt, so müfste die auf den iussus besonders abgestellte prätorische a° quod iussu zumindest als überflüssig, wenn nicht gar als widersinnig erscheinen.

Besondere Betrachtung erfordert unter den in Betracht kommenden Stellen nur l. 84 D. 17, 2: quotiens iussu alicuius cum filio eius vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit. Ein Vergleich mit der sonstigen Stellung des römischen Rechtes zur freien Stellvertretung kann keinen Zweifel darüber lassen, dafs die Worte vel cum extraneo interpoliert sind. Die Kompilatoren haben denn auch eine deutliche „Spur ihres Wirkens hinterlassen in der ungeschickten Wiederholung cum illius persona“ u. s. w. Es kann daher nur der durch Mitteis[4] vorgeschlagenen Rekonstruktion der Stelle zugestimmt werden, wodurch die anstöfsige Ausdehnung des iussus auf den Gewaltfreien beseitigt, im Rahmen der Hausunterthänigkeit aber die Ausdehnung des iussus nicht blofs auf die condictio, sondern auf jede actio sichergestellt erscheint.

---

[1] l. 17 §§ 4 u. 5 D. 14, 3.

[2] Pernice Labeo I. S. 511 f.

[3] Mitteis, Dogm. Jhrb. 39. Bd. S. 172.

[4] l. c. S. 172.

„Dafs damit ein gutes Stück direkte Stellvertretung eingeführt war, ist nicht zu verkennen“. Doch ist Labeo offenbar weit entfernt davon, den Satz aufzustellen, „dafs es für die Haftung aus dem iussus gleichgültig sei, ob es sich um eine gewaltunterworfene oder gewaltfreie Person handle[1]“.

Eine zweite[2] Stelle ist deshalb bemerkenswert, weil sie eine condictio in Konkurrenz mit einer adjekticischen Klage gewährt, ohne des iussus als des verbindenden Moments zu gedenken. Nur diese Stelle kann es daher sein, auf die sich die Annahme der Konkurrenz der condictio mit den adjekticischen Klagen überhaupt stützen kann, mag es nun um eine solche sich handeln, der ein iussus immanent ist, oder nicht. Proculus ait: si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet. Sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit, nec velim, quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet; nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram. Ex hac causa etiam condici posse verum est. Eine vielumstrittene Stelle; ist sie doch nicht nur für die hier in Rede stehende Frage von Belang, sondern auch eine von denen, in die der Schwerpunkt der Auffassung von der actio de in rem verso verlegt werden mufs.

Dieses Fragment also räumt neben der institorischen Klage die condictio ein, allein anscheinend nicht auf Grund der uns nunmehr geläufigen verbindlichen Kraft des iussus, der in der Institorenbestellung enthalten ist, sondern auf Grund der aus Anlafs eines institorischen Geschäftes entstandenen Peculiumsvermehrung oder Version. Nicht so sehr die institorische Klage als vielmehr die actio de peculio oder die actio de in rem verso scheint daher in diesem Falle als Konkurrenzklage der condictio gedacht zu sein. Baron geht über diese Schwierigkeit leicht hinweg, indem er meint, dafs Paulus des iussus hier lediglich deshalb

[1] Baron, Abh. I. S. 249.
[2] l. 17 §§ 4 u. 5 D. 14, 3.

nicht gedenke, weil er in unserer Stelle die Zulässigkeit der condictio überhaupt nicht begründet, sondern blofs konstatiert[1]. Auch findet Baron die Konkurrenz der condictio mit der Versionsklage selbstverständlich, weil der gemeinsame Berührungspunkt beider in dem civilen Verpflichtungsgrund der Bereicherung leicht gefunden werden kann[2]. Auffallenderweise aber beharrt er trotz dieser Auffassung der Stelle dabei, dafs die condictio mit der actio de peculio nicht konkurrieren könne[3]. Das ergebe sich aus dem Stillschweigen des § 8 J. S. 7 cit. über diese Klage. Demgegenüber mufs betont werden, dafs, wenn die Stelle so zu nehmen ist, wie sie überliefert wird, keine andere Annahme erübrigt als die, eine condictio habe mit jeder adjekticischen Klage, mit der actio de peculio und mit der Versionsklage nicht minder wie mit der actio quod iussu und mit der exercitorischen und institorischen Klage, in Konkurrenz treten können. Dann bliebe nur zu untersuchen, ob solche condictio in derartigen Fällen aus einem speciellen, konditionenrechtlichen Thatbestande entspringen mufste oder auch nur die Stelle einer condictio generalis einnehmen konnte.

Nun liegt aber die Sache glücklicher Weise nicht so. Die Konkurrenz der condictio mit der Versionsklage, die nicht nur an dieser Stelle, sondern auch in § 8 Inst. cit. gestattet erscheint, ist vielmehr schon von Tuhr[4] in Zweifel gezogen worden. Diese Zweifel scheinen zunächst dadurch gerechtfertigt, dafs in § 8 Inst. cit. die Version nicht als primärer Entstehungsgrund der condictio, sondern nur als subsidiäres Interpretationsmittel für das Vorhandensein des iussus angeführt wird. Demnach mufs § 8 cit. allerdings in dem Sinne verstanden werden, dafs die condictio aus Anlafs adjekticischer Thatbestände nur in dem Mafse unmittelbar und direkt gegen den Gewalthaber Anwendung finden

[1] l. c. S. 246.
[2] l. c. S. 251.
[3] l. c. S. 250.
[4] actio de in rem verso, 1895, S. 245 ff.

kann, als dem fraglichen Rechtsverhältnisse ein civilrechtliche Haftung begründender iussus zu Grunde liegt. Nur diese Institutionenstelle kann aber vorerst als unbedenkliches Beweismittel herangezogen werden.

Da nun diese Stelle der actio de peculio nicht Erwähnung thut, vermöchte auch die Konkurrenz dieser adjekticischen Klage mit der condictio nur in unserer l. 17 eine Stütze zu finden. Fällt aber auch dieser Stützpunkt, so müſste allerdings die Unzulässigkeit der Konkurrenz der condictio mit der actio de peculio darin begründet angesehen werden, daſs letzterer ein iussus mit civilrechtlicher Verpflichtungskraft thatsächlich nicht innewohnt. Dagegen könnte in keinem Falle auf Savignys[1] Begründung zurückgegriffen werden, die lediglich die condictio ex mutuo im Auge hat und daher die Frage nicht erschöpfend löst.

Diese Erwägungen nötigen jedenfalls dazu, die Schluſsworte unserer Stelle: ex hac causa etiam condici posse verum est einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen. Diese führt zu dem Resultate, daſs die Konkurrenzcondictio damit nicht gemeint sein kann, es wäre denn die sogenannte condictio generalis, die an und für sich, wie noch zu zeigen ist, Interpolationswerk ist. Entweder wollen diese Worte daher nur auf den unmittelbar vorhergehenden Thatbestand, der in den Worten ex aliena iactura lucrum quaeram angedeutet ist, ganz allgemein Bezug nehmen, oder aber, und dies ist das wahrscheinlichere, sie sind Zusatz der Kompilatoren und als solcher zu streichen.

Damit aber kommen wir für die Konkurrenz der condictio mit den adjekticischen Klagen zu folgendem Resultate: Die condictio konkurriert mit den adjekticischen Klagen nur insoweit, als dem jeweiligen Thatbestande ein iussus mit civilrechtlicher Verpflichtungskraft zu Grunde liegt. Diese konkurrierende condictio aber ist nicht eine Generalklage, auf jeden Fall anwendbar ohne Unterscheidung des im konkreten Falle vorliegenden Rechtsverhältnisses, sondern

[1] Oblig.-R. II. S. 35 n. cc.

die auch sonst nur zulässige civile Kondiktionsklage auf Grund eines speciell kondiktionenrechtlichen Sachverhaltes. In diesem Sinne ist sie von den klassischen Autoren der betreffenden Stellen gedacht. Wenn der überlieferte Wortlaut zur Annahme einer sogenannten condictio generalis zu zwingen scheint, so ist dies lediglich dadurch herbeigeführt, dafs in den überlieferten Quellen dieses Institut der Generalcondictio auch anderen Ortes vorliegt. Der Beweis hierfür und die bezügliche Auseinandersetzung mit Barons entgegenstehender Annahme[1] kann jedoch erst im Zusammenhang mit der Darstellung der Generalcondictio überhaupt durchgeführt werden. An diesem Orte müssen wir uns mit der blofsen Konstatierung begnügen. Nur die Bemerkung mag schon hier ihren Platz finden, dafs die in diesen Stellen erwähnte condictio zum Teil wenigstens vielleicht erst durch die Kompilatoren an Stelle der einfachen actio gesetzt wurde. All diesen Stellen liegt der Gedanke zu Grunde, dafs aus einem Rechtsgeschäfte mit dem Gewaltunterworfenen, das eine adjekticische Klage gegen den Gewalthaber zu erzeugen geeignet ist, dann gegen den Gewalthaber unmittelbar, ohne Anwendung der adjekticischen Formel, mit der direkten Klage solle vorgegangen werden können, wenn der Gewaltunterworfene in Befolgung eines ausdrücklichen oder stillschweigenden iussus des Gewalthabers das fragliche Geschäft abgeschlossen hat. Dieses Rechtsverhältnis und die daraus gegen den Gewalthaber entspringende Klage kann offenbar verschiedener Art sein. Die Klage kann eine Specialcondictio sein, sie mufs es aber nicht sein. Es kann vielmehr ebenso oft ein anders geartetes Rechtverhältnis vorliegen. Es ist daher nicht abzusehen, warum nicht auch, nachdem einmal die civilrechtliche Verpflichtungskraft des iussus anerkannt war, eine andere Klage als die condictio gegen den dominus unmittelbar gerichtet werden sollte. Erwägungen dieser Art haben wohl auch zu der Annahme verleitet, dafs diese condictio „bei den ver-

[1] S. 242 ff.

schiedensten obligatorischen causae“ anwendbar war. Diese Auffassung war zweifellos auch von den Kompilatoren beabsichtigt. Vielleicht zu besserem Verständnisse lieſsen sie daher in l. 84 cit. die actio stehen, während sie in der allgemein sprechenden Institutionenstelle nur die condictio erwähnten. Diese Überlegung in Verbindung damit, daſs der von Mitteis[1] vermutete konkrete Darlehensthatbestand in l. 29 D. 12, 1 und l. 17 § 4 und 5 cit. jedenfalls nicht mit Sicherheit angenommen werden kann, lassen die soeben ausgesprochene Annahme begründet erscheinen, daſs die betreffenden Autoren wenigstens an der einen oder der anderen Stelle den allgemeinen Satz zum Ausdrucke bringen wollten: Jede actio gegen den Gewaltunterworfenen kann, wenn er auf Grund eines iussus des Gewalthabers gehandelt hat, auch gegen diesen letzteren unmittelbar angestellt werden. Danach wäre an den betreffenden Stellen nicht condictio sondern actio zu lesen. Nach alledem aber handelt es sich in diesen Fällen nicht um eine Konkurrenz der condictio mit einer anderen Klage, sondern um eine dem Kläger freigegebene Wahl des Prozeſsverfahrens. Die Frage ist lediglich die, ob Kläger ein und dieselbe Klage direkt oder in adjekticischer Form geltend machen will. Es ist neben die direkte Klage gegen den Gewaltunterworfenen und die adjekticische Klage gegen den Gewalthaber auch noch die direkte Klage gegen diesen letzteren zur Auswahl gestellt.

§ 15. Condictio und actio praescriptis verbis.

Der zweite die Konkurrenzfähigkeit der condictio betreffende Fall ist das Nebeneinanderauftreten der condictio und der actio praescriptis verbis. Auch hier ist es vor allem die schon bei der Konkurrenz von condictio und adjekticischer Klage aufgetauchte Schwierigkeit, daſs aus einem praetorischen Thatbestande eine condictio solle entspringen können, die diesen Konkurrenzfall in einem bedenklichen Lichte erscheinen läſst. Bei den adjekticischen

[1] l. c. S. 170 f.

Klagen war es die civilrechtliche Bedeutung des iussus, die diese Schwierigkeit schwinden machte. Die Schwierigkeit wird aber hier noch dadurch gesteigert, dafs neben der regelmäfsigen condictio, wenn man so sagen darf, auch die nicht geringen Bedenken unterliegende condictio ob poenitentiam zur Auswahl gestellt ist. Es ist daher in diesem Zusammenhange nicht nur die Frage nach der Natur der actio praescriptis verbis, sondern auch die nach der Zulässigkeit und Ausdehnung des Reurechtes im römischen Rechte aufzuwerfen.

Die Existenzberechtigung einer selbständigen Klagengruppe unter dem Namen der actio praescriptis verbis nun wurde zuerst von Wlassak[1] in Zweifel gezogen, der darauf hinwies, dafs nur für einen bestimmten Fall, für die Klage aus dem Trödelvertrage ein ständiges Schema proponiert war. Während er jedoch noch geneigt war, auch für die Tauschklage ein solches Schema praescriptis verbis anzunehmen, hat Lenel[2] unter dem Beifalle Pernices[3] nachgewiesen, dafs die actio de aestimato in der That die einzige im Album des Prätors proponierte actio praescriptis war. Es war daher schliefslich für Gradenwitz[4] ein Leichtes, unter Aufwand des gesamten für diese Klageform in Frage kommenden Quellenmateriales den Nachweis zu erbringen, dafs „diese actio eine Erfindung der Kompilatoren ist, welche dieselbe in die Schriften der klassischen Juristen einfügten.“ Dadurch bestätigt sich „auch im einzelnen“ „die Vermutung, welche durch das Edikt von vornherein nahegelegt wird.“

Gab es nun auch keine actio praescriptis verbis, so gab es doch ein agere praescriptis verbis. Ein solches fand statt, so oft eine actio in factum gewährt wurde, die vermöge des ihr zu Grunde liegenden komplizierten Thatbestandes in der

[1] Edict u. Klageform 1882 S. 104 f.
[2] E. P. S. 283 f.
[3] Ulpian als Schriftsteller S. 8.
[4] Interpol. S. 123—145.

Formel eine praescriptio erforderte. Solche actio in factum mit Präskription aber konnte bald actio civilis bald actio praetoria sein[1]. Vorwiegend jedoch scheint sie civilrechtlicher Natur gewesen zu sein[2], wenigstens ist für die einzige ständige praescriptis verbis actio nur ein Schema, nicht auch ein Edikt proponiert[3]. Auf die actio in factum civilis des näheren einzugehen verbietet der Zusammenhang[4]. Einer actio in factum aber bedurfte es, weil, wie der Jurist[5] sich ausdrückt, natura ... rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocubala. Diese actio in factum aber ist des weiteren incerta actio. Dies erhellt nicht so sehr aus ihrer ausdrücklichen Bezeichnung als solcher durch Neratius[6], die wegen ihrer ungrammatikalischen Konstruktion (intentione incerti agendum) den Verdacht der Interpolation erregt, als vielmehr aus der wiederholt hervorgehobenen Charakterisierung ihrer condemnatio: quanti interest u. a. m. Aus diesem Grunde hiefs sie incerta, nicht darum, weil die Innominatkontrakte incerta sind, keinen bestimmten Namen haben. Unrichtig ist es daher, wie schon Pernice[7] betont hat, wenn Accarias[8] meint, mit den contractus incerti der bekannten l. 9 D. de R.C. könnten nur die Innominatkontrakte gemeint sein. Vielmehr hat bereits die Glosse[9] das incertum mit

---

[1] Vgl. Pernice, Labeo III. S. 207; Bekker, Aktionen I. S. 152 f.

[2] Gradenwitz, Interpolationen S. 145.

[3] Vgl. Wlassak, Edikt, S. 105 n. 9 gegen Pernice, Krit. Vierteljahrsschr. X S. 107; vgl. auch Keller, Inst. S. 118; Keller-Wach, Civilpr. § 42; Bethmann-Hollweg II S. 525; Bekker, Aktionen II S. 149 n. 28; Sohm, Inst. 7. Aufl. S. 251 n. 1.

[4] Vgl. Pokrowsky, Sav.-Z. R.A. XVI. S. 80 ff.; dagegen Erman, Servus vicarius, 1896, S. 498—518; Centralblatt für R.W. XV. S. 356, Sav.-Z. R.A. XIX. S. 262 ff. u. die S. 262 n. 2 Citierten; dagegen wieder Pokrowsky, Sav.-Z. R.A. XX. S. 99 ff.

[5] l. 4 D. 19, 5.

[6] l. 6 D. 19, 5.

[7] Krit. Vierteljahrschr. X. a. a. O. S. 109 f.

[8] Théorie des contrats innommés, Paris 1866 S. 24, S. 69 ff; ebenso früher Unterholzner, Zeitschr. f. gesch. R.W. I. S. 252 n. 5.

[9] gl. ex certo ad l. certi condictio (9 D. 12, 1).

vollem Rechte auf das Objekt der Klage bezogen und sich hierfür auf l. 1 § 6 D. 13, 5 und l. 75 D. de V.O. berufen, die je nach der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Objektes die Stipulationen und Verträge überhaupt in certae und incertae zerfallen lassen. Auch liegt kein Grund für die Annahme vor, dafs die Römer nicht auch hier wie allüberall in ihrer Unterscheidung von der Klage ausgegangen sein sollten. Die Klage aber wird zur certa oder incerta je nach Beschaffenheit ihres Gegenstandes. Nach den Ausführungen Pernices[1] kann endlich auch kaum mehr an dem bonae fidei Charakter dieser actiones in factum gezweifelt werden. Als Gesamtbild der sogenannten actio praescriptis verbis ergiebt sich demnach eine actio bonae fidei in factum incerta vorwiegend civiler Natur[2]. Aus dieser Beschaffenheit der actio praescriptis verbis folgt aber mit Notwendigkeit, dafs sie niemals unmittelbar und nur auf Rückgabe der Vorleistung als eines certum gerichtet gewesen sein, sondern nur die Gegenleistung oder das durch Nichterfüllung verletzte Interesse zum Gegenstand gehabt haben kann.

Das erstere, dafs die praescriptis verbis actio nicht einfache Rückgabe bezwecken konnte, wäre wohl niemals bezweifelt worden, wenn nicht l. 19 und l. 24 D. h. t. und l. 6 C. 5, 13 scheinbar das Gegenteil behaupten würden. Zwei weitere Stellen[3], die ebenfalls dafür angeführt werden könnten, dürfen von vornherein ausgeschieden werden, nachdem für die eine[4] die Interpolation der actio praescriptis verbis bereits andern Ortes dargethan, für die andere analoge Stelle von Gradenwitz[5] überzeugend erwiesen ist. Vor allem nun sei der schon hervorgehobene Umstand

[1] l. c. S. 111 ff.; Accarias l. c. S. 60, 71; Labeo III. S. 88 ff.; Sav.-Z. R.A. IX. S. 314 ff.

[2] Über das Verhältnis der Formeln der a° praesc. verb. und der cond.; vgl. auch Bekker, Aktionen I. S. 150 f.

[3] l. 2 § 2, l. 19 § 2 D. 43, 26.

[4] l. 19 cit.

[5] l. c. S. 109 u. 128.

neuerdings betont, daſs in dem Digestentitel de praescriptis verbis der Effekt der actio praescriptis verbis regelmäſsig teils darin erblickt wird, ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere[1], teils mit den Worten actio in hoc quod mea interest[2] oder quanti interest mea[3] bezeichnet wird. Daraus müssen zweifelsohne erhebliche Bedenken gegen eine Annahme erwachsen, die eine actio praescriptis verbis auf Rückleistung des hingegebenen Gegenstandes anerkannt wissen will. In der That ergiebt denn auch eine nähere Betrachtung der l. 19 sowohl wie der l. 24 D. h. t., daſs es in beiden Fällen nicht einfach um die Rückforderung der klägerischen Leistungen sich handelt. Denn in beiden Stellen ist der Klagegegenstand nicht ausdrücklich genannt, es heiſst dort nur, daſs eine actio praescriptis verbis auf Grund des vorliegenden Thatbestandes angezeigt ist. Wenn es daher auch auf den ersten Blick den Anschein hat, als ob damit nur die Rückforderung bezweckt werden sollte, so ist doch auch der Wortlaut und der Sinn der Stellen nicht derart, daſs man nicht annehmen könnte, auch hier bilde nicht so sehr res ipsa als vielmehr quanti interest mea illud de quo convenit accipere den Gegenstand der Klage. Die l. 6 C. cit. anlangend aber ist nicht einzusehen, warum dort überhaupt an eine praescriptis verbis actio gedacht sein sollte.

Die zweite früher aufgestellte Behauptung sodann, daſs unsere Klage auf die Gegenleistung oder auf das Interesse wegen Nichterfüllung gerichtet sein müsse, scheint in ihrem zweiten Teile mit dem Charakter einer incerta actio wohl vereinbar, denn der durch das Interesse repräsentierte Wert erscheint doch wohl immer als incertum. Nicht so ohne weiteres wird sich dagegen der Begriff der actio incerta und einer auf Gegenleistung gerichteten Klage für den decken, der das Innominatschema do ut des oder facio ut des vor

[1] l. 5 § 1 D. 19, 5.
[2] l. 5 § 2 D. h. t.
[3] l. 5 § 4, l. 24 i. f. D. h. t.

Augen hat, wo als Objekt des dare ebenso leicht eine certa res wie ein incertum gedacht werden kann. Allein auch diese Schwierigkeit ist eine blofs scheinbare. Denn auch in solchem Falle erschöpft sich die actio praescriptis verbis offenbar nicht in der einfachen Forderung der Gegenleistung an und für sich, sondern umfafst auch das Interesse an der verspäteten oder durch andere Umstände gesteigerten Gegenleistung. Kurzum, sie wird auch hier auf alles das gerichtet sein, quod mea interest.

Ist aber nunmehr die Definition der sogenannten actio praescriptis verbis als einer regelmäfsig civilen actio bonae fidei in factum, gerichtet auf ein incertum, allseitig gefestigt, so kann es keiner besonderen Schwierigkeit mehr unterliegen, ihr Verhältnis zur condictio in das richtige Licht zu setzen. Dazu wird es genügen, nochmals zu betonen, dafs die condictio im Gegensatze zur actio praescriptis verbis eine actio stricti iuris auf ein certum gewesen ist. Daraus ergiebt sich mit zwingender Notwendigkeit die Schlufsfolgerung, dafs die eine da nicht statthaben konnte, wo die andere Platz zu greifen hatte, dafs die beiden Klagen demselben Kläger wider denselben Beklagten auf Grund desselben Rechtsverhältnisses nicht alternativ zu Gebote stehen konnten, sondern dafs die eine durch die andere ausgeschlossen war; dies jedoch nicht in dem Sinne der Klagenkonkurrenz, als ob wir es mit zwei demselben Ziele zustrebenden Klagen zu thun hätten, vielmehr in der Bedeutung, dafs beide auf wesentlich verschiedenen Voraussetzungen beruhten. Wohl konnten aus demselben Rechtsverhältnisse condictio und actio praescriptis verbis entspringen, aber weder beide gleichzeitig noch auch die eine oder die andere nach Wahl des Klägers, sondern nur die eine oder die andere, je nachdem das fragliche Rechtsverhältnis in dem der Klaganbringung zu Grunde liegenden Momente diese oder jene Wendung genommen hatte. Doch diese Behauptung bedarf noch einer näheren Begründung nach einer doppelten Richtung. Scheint ja damit nicht nur die dem Kläger ganz allgemein zugestandene Möglichkeit abgelehnt,

zu wählen zwischen Vertragserfüllung und Vertragsauflösung, sondern auch das bei Innominatkontrakten dem Erstleistenden regelmäfsig eingeräumte Reurecht bestritten.

Bei den Negotien: do ut des und do ut facias, bemerkt Accarias[1], kann der, der zuerst geleistet hat, das Hingegebene zurückfordern, so lange noch keine Gegenleistung erfolgt ist. Die Wahrheit dieses Satzes, fügt Pernice[2] hinzu, bestreitet seit Erxleben niemand mehr, während in den Fällen eines facio ut facias oder eines facio ut des die Rückforderung der Vorleistung schon der Natur der Sache nach ausgeschlossen und von vornherein nur eine Erfüllungs- oder eine Klage auf das Interesse möglich sein kann.

Allein die Erxleben zugeschriebene Formulierung dieses Principes enthält einen von Pernice nicht genügend beachteten Gedanken, der dieses allgemeine Rückforderungsrecht in wesentlich beschränkteren Grenzen zur Geltung gelangen läfst. Ebenso lassen die Untersuchungen von Manns und Gradenwitz[3], wenn sie auch zunächst nur das Reurecht im e. S. im Auge haben, immerhin auch diese Anwendung der condictio in einem zweifelhaften Lichte erscheinen.

Es läfst sich gewifs nicht leugnen, dafs Wendungen wie: dubium non est nasci civilem obligationem in qua actione id veniet, non ut reddas ... sed ... quanti interest mea ... oder vel si meum recipere velim repetatur ... quasi ob rem datum re non secuta oder nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio u. a. m. auf den ersten Anschein dem Kläger ein unbedingtes Wahlrecht zwischen Erfüllungs- und Rückforderungsklage einräumen wollen. Es liegt jedoch Grund vor, in solche Ausdrucksweise gerechte Bedenken hinsicht-

---

[1] l. c. S. 35; vgl. auch S. 180.

[2] l. c. S. 75; vgl. auch S. 118.

[3] Manns, Das Poenitenzrecht, eine byzantinische Kompilation; Berlin 1879; — Gradenwitz, Interpolationen, S. 146—170.

lich ihrer Echtheit zu setzen. Gradenwitz war der erste, der darauf aufmerksam machte, dafs die ganze l. 5 D. h. t. 19, 5, der die citierten Worte entnommen sind, schon deshalb dem Verdacht der Unechtheit unterliege, weil die Quästionenschriften der Römer — die Stelle rührt angeblich aus dem fünften Buche der Quästionen des Paulus her — überall sonst wohl einzelne Fälle besprechen, nicht aber, wie hier, zu systematischen Erörterungen aufsteigen[1]. Dazu kommt noch, dafs die Stelle, weit davon entfernt „Paulinisches Gepräge“ zu tragen, eine Quelle der gröfsten Schwierigkeiten von jeher gewesen ist, und dafs ihre Logik einer näheren Prüfung nicht standhält. Diese Erwägungen ausschlaggebender Natur führen schliefslich zu dem Resultate, dafs Paulus weiter nichts angehören dürfte, als die Fragestellung und einige im Verlaufe der Darstellung zur Sprache kommende Fälle[2].

Nun ist aber gerade diese Stelle der Hauptstützpunkt für die Lehrmeinung von der uneingeschränkten Konkurrenz der condictio mit der Erfüllungsklage, während in der Mehrzahl der Fälle nur die eine oder die andere Klage gewährt wird, und die unbedingte Zulässigkeit der condictio vor Erfüllung der Gegenleistung sich nur auf Grund eines höchst unzuverlässigen argumentum a contrario aus den Juristenaussprüchen behaupten läfst, die eine solche nicht gewähren, sobald die Gegenleistung erfolgt ist. Allein, selbst wenn man die Echtheit der l. 5 cit. unangetastet lassen wollte, wozu freilich der heutige Stand der Textkritik kaum mehr das Recht einräumen kann, so schränkt doch selbst Erxleben die Zulässigkeit der condictio auf den Fall ein, dafs die Voraussetzung, unter der die Vorleistung geschieht, in der Weise bedingt ist, dafs bei ihrem Nichteintritt „der Geber das Gegebene wieder haben will[3]“. Auch nach Erxleben ist also „die Rückforderung des ob rem Gegebenen“

[1] A. M. Pernice, Labeo III. S. 209 n. 1.
[2] Vgl. Gradenwitz, l. c. S. 131 ff.
[3] Condictio II. S. 113.

„immer und überall erst dann begründet, wenn sich der Nichteintritt desjenigen Erfolges entschieden hat, welcher vom Standpunkte des Gebers aus die bedingte Voraussetzung, und insofern der Grund, die causa der Leistung ist[1]." Die Zulässigkeit der Rückforderung ist daher nicht die Folge einer allgemeinen Unverbindlichkeit des Versprechens vor Erfüllung der Gegenleistung. Sie entspringt vielmehr „aus der bedingenden Natur der Voraussetzung", unter der „die Leistung auf eine dem Empfänger deutlich erkennbare Weise geschehen ist, also aus dem Inhalt der ihr zu Grunde liegenden Willensbestimmung und der in ihr liegenden Willenserklärung selbst[2]". Schon nach Erxleben ist daher, was er selbst ausdrücklich zu thun allerdings unterlassen hat, die Grenze zwischen condictio und actio praescriptis verbis dahin zu ziehen, dafs jene in all den Fällen Platz zu greifen hat, wo die Nachleistung als die zu erfüllende Potestativbedingung anzusehen ist, bei deren Eintritt allein die Vorleistung definitiv werden soll. Die actio praescriptis verbis dagegen hat dann Platz zu greifen, wenn von vornherein ein unbedingter zweiseitiger Vertrag von beiden Teilen intendiert ist. Die condictio ist die Klage aus dem nicht zustande gekommenen bedingten Rechtsgeschäft — die Bezeichnung Vertrag sei vorerst vermieden, um einer an dieser Stelle unnötigen Erörterung über die Natur des der condictio unterliegenden Rechtsgeschäftes aus dem Wege zu gehen — auf Rückleistung, die actio praescriptis verbis die Klage aus dem nicht erfüllten Vertrag auf Erfüllung oder auf das Interesse. Es kann daher mit Rücksicht auf diese durchaus verschiedene Grundlage beider Klagen von einer wahren und echten Konkurrenz der condictio mit der actio praescriptis verbis zumindest nach der ursprünglichen Zweckbestimmung der Innominatkontrakte, die regelmäfsig in dem Erfüllungszwange zu suchen sein wird, nicht gesprochen werden.

---

[1] l. c. S. 136.
[2] l. c. S. 344.

Noch viel weniger aber kann der condictio eine Konkurrenzfähigkeit mit der actio praescriptis verbis in der Richtung eingeräumt werden, dafs es dem Kläger jederzeit freigestanden sein soll, statt auf Erfüllung des Vertrages zu dringen, vom Vertrage ohne weiteres zurückzutreten und zu diesem Ende seine Vorleistung zurückzufordern. Das klassische römische Recht kennt ein Reurecht bei Innominatkontrakten jedenfalls nicht[1]. Als diese Behauptung zuerst von Manns aufgestellt wurde, ging man aus Gründen, die durch Form und Inhalt seiner Darstellung veranlafst waren, fast stillschweigend darüber hinweg. Allein sein Gedanke, den schon ein alter Pandektist, Anton Faber[2], angedeutet hatte, wurde mit um so gröfserer Energie von Gradenwitz[3] aufgriffen. Dieser hat auch seine Richtigkeit mit überzeugenden Argumenten durchgeführt, die durch Karlowas[4] und Bekkers[5] Bedenken schwerlich erschüttert worden sind. Eine wiederholte Beweisführung müfste daher als ebenso überflüssig wie ermüdend angesehen werden. Dagegen kann der Zweifel nicht unterdrückt werden, ob das Reurecht wirklich in seinem vollen Umfange erst durch die Kompilatoren eingeführt sein soll, und ob es als eine freie Erfindung Justinianischen Geistes anzusehen ist.

An der Interpolation der l. 5 und l. 3 § 2 D. 12, 4[6] kann nun ebensowenig mehr gezweifelt werden, wie an jener der l. 27 § 1 und l. 30 D. 17, 1[7]. Vermutlich handelten diese Stellen ursprünglich von der fiducia cum amico contracta[8]. Dagegen ist das Reurecht für die mortis causa donatio sicher bezeugt. Liegt auch bei der l. 30 D. 39, 6, die solches Reurecht ausdrücklich zugesteht, die

[1] Vgl. Bekker, Aktionen I. S. 129 f.; S. 150 f.
[2] Rationalia ad l. 5 D. 19, 5.
[3] Interpolationen S. 146 ff.
[4] Röm. R.G. II. S. 772.
[5] Sav.-Z. R.A. XIII. S. 116. Aktionen I. S. 126 ff.
[6] Gradenwitz, l. c. S. 149 ff.; S. 157 ff.
[7] Pernice Labeo III. S. 129 u. 134.
[8] Lenel, Sav.-Z. R.A. IX. S. 182.

Vermutung nahe, „dafs die ganze Stelle von den Kompilatoren zurecht gemacht und als Einleitung zu l. 31 hier eingeschoben ist[1]", so bildet doch noch eine Stelle aus den Sentenzen des Paulus einen untrüglichen Beweis für die Zulässigkeit des Reurechtes zu seiner Zeit[2]: Donatio mortis causa cessante valetudine et secuta sanitate paenitentia etiam revocatur: morte enim tantummodo convalescit. In Übereinstimmung damit erklärt schon Julian[3]: mortis causa donatio etiam, dum pendet an convalescere possit donator, revocari potest. Ist aber in den Fällen der Schenkung von Todes wegen ein Reurecht zweifellos gewährt, das in allen anderen Fällen ausdrücklich versagt ist[4], so kann der Grund dieser Ausnahme nur in der besonderen Natur der mortis causa donatio selbst gelegen sein. Dieser Grund kann daher nur der sein, dafs die mortis causa donatio „ihrer inneren Absicht nach ein Rechtsgeschäft von Todes wegen[5]" war. Diese Sonderheit der mortis causa donatio aber gehört bereits dem klassischen Rechte an. Die Kompilatoren haben sie nur verallgemeinert, vielleicht teils in Verkennung ihrer besonderen Berechtigung für die mortis causa donatio, teils von dem Bestreben geleitet, trotz Beseitigung der fiducia das ihr eigentümliche Poenitenzrecht aufrecht zu erhalten[6].

§ 16. Condictio und rei vindicatio utilis.

Um über das Konkurrenzverhältnis von condictio und vindicatio utilis ins Klare zu kommen, bedarf es vor allem einer Feststellung der Natur der letzteren. In Anbetracht der Verschwommenheit, die der Lehre der vindicatio utilis in früherer Zeit anhaftete, sollen jedoch nur ihre neueren Bearbeiter

[1] Pernice, Labeo III. S. 267. n. 4.
[2] § 2 S.R. 3, 7.
[3] l. 16 vgl. auch l. 30 D. 39, 6.
[4] l. 16 D. 39, 6; l. 19 D. 12, 1 u. a. m.
[5] Vgl. Pernice, Labeo III. S. 266; Wendt, Die condictio ex poenitentia S. 51 ff.
[6] Vgl. Lenel, l. c. S. 182.

in Betracht gezogen werden. Von diesen hat Jhering[1] die vindicatio utilis als eine Klage charakterisiert, die „mit dem Eigentum nichts weiter gemein hat als die actio emti", die ferner „auf die Eigentumsübertragung entweder schlechthin oder nur eventuell gerichtet" „nur gegen den zur Eigentumsübertragung .... verpflichteten Eigentümer angestellt werden" kann, und die endlich „nur die Verstärkung oder Steigerung einer persönlichen Klage" bezweckt. Diese Sätze hat Fastenrath[2] zum Teil weiter ausgeführt, zum Teil modifiziert, nachdem sie bereits von Jacobi[3] und zumeist auch von Windscheid[4] gebilligt worden waren. Dagegen hat Kindervater[5], unter Zustimmung Huschkes[6] und Voigts[7], sich mit aller Energie gegen Jherings Standpunkt ausgesprochen. Seine Meinung geht dahin, dafs die vindicatio utilis „nicht als eine privilegierte Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruches anzusehen" ist, „sondern als eine dingliche Klage, die ihren Grund in einem fingierten Eigentümer hat und ganz denselben Grundsätzen unterliegt, wie die vindicatio directa." Einen dritten Weg hat sodann Schulin[8] eingeschlagen, der in allen Fällen der vindicatio utilis eine Publiciana actio angenommen wissen will. Ihm ist zunächst Brinz[9] entgegengetreten. Insbesondere aber hat Huschke[10] seine Anschauung mit aller Macht bekämpft, so dafs sie auch durch die neuerliche Verteidigung Schulins[11] schwerlich gerettet werden konnte. In diese drei Lager aber blieben die Anschauungen über

[1] Dogm. Jhrb. I. S. 120—176; X. S. 517 ff.
[2] de rei vind. ut. Berlin 1860.
[3] Dogm. Jhrb. IV. a. a. O. S. 239 ff.
[4] Pand. I § 174 n. 9.
[5] Jhrb. des gem. d. R. VI. S. 337—364.
[6] Das Recht der publ. Klage 1874 S. 33 ff.
[7] cond. ob. caus. S. 798 n. 770.
[8] Über einige Anwendungsfälle der Publ. in rem actio 1873.
[9] Krit. Vierteljahrschr. XVI S. 252 ff.
[10] l. c. S. 34.
[11] Krit. Vierteljahrschr. XVIII S. 536 ff.

die vindicatio utilis geteilt[1]. Stellungnahme in der einen oder der anderen Richtung ist daher unvermeidlich. Aufserdem bleibt aber noch zu entscheiden, ob diese vindicatio utilis singulärer Natur und demgemäfs ihre Ausdehnung auf andere als die wenigen speciellen Fälle, wo sie in den Quellen begegnet, zulässig ist oder nicht.

Die vindicatio utilis ist, nach verschiedener Zählung, in den Quellen für neun oder zehn Fälle überliefert. Ihre Betrachtung im einzelnen kann jedoch nicht vermieden werden, wenn anders Sicherheit über die zweifelhafte Natur dieses Rechtsinstitutes gewonnen werden soll.

Am geeignetsten dürfte es sein, die Untersuchung mit einer angeblich von Gaius herrührenden Stelle zu beginnen, weil diese, in Vergleich gesetzt zu der korrespondierenden Stelle seiner Institutionen, alsbald zu den erheblichsten Bedenken Anlafs giebt.

l. 9 § 2 D. 41, 1.

Sed non uti litterae chartis membranisve cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere. utique tamen conveniens est domino tabularum adversus eum, qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dare, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio; utique si bona fide possessor fuerit qui solverit, adversus dominum vero tabu-

Gaius Inst. 2, 78[2].

Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere; cuius diversitatis vix idonea ratio redditur: certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis actio mihi adversum te dari debeat; quo casu nisi solvam impensam

[1] Vgl. Drey, utilis actio ad rem vind. u. a. m.
[2] Vgl. § 34 Inst. 2, 1.

larum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus.

picturae, poteris me per doli mali exceptionem repellere, utique si bonae fidei possessor fueris. illud palam est, quod sive tu subripuisti tabulam sive alius, competit mihi furti actio.

Die Analogie der Stellen ist eine schlagende. Dennoch aber weisen sie einen Unterschied auf, dessen allerdings auch Schulin[1] im Vorübergehen gedenkt, über den er aber mit einer kurzen ironischen Bemerkung hinwegzukommen glaubt. In den Digesten ist nämlich die vindicatio des Malers als recta und dadurch die utilis actio des Eigentümers als rei vindicatio utilis ausdrücklich gekennzeichnet. Ist nun an sich schon die Bezeichnung „recta vindicatio“ anstöfsig, so ist es um so bezeichnender, dafs sich Gaius in seinen Institutionen solcher nicht bedient. Vielmehr charakterisiert er die Klage des Malers mit dem Worte „petas“, das sie als dingliche Klage, als vindicatio zweifellos erscheinen läfst. Von der utilis actio sagt er lediglich „dari debeat“. Damit ist nicht nur ihr prätorischer Charakter hervorgehoben, sondern es ist dadurch vielleicht auch zum Ausdrucke gebracht, dafs die gewünschte Formel vorerst im prätorischen Album nicht proponiert, sondern erst von des Prätors Einsicht zu erwarten stand[2]. Kurzum die Klage ist trotz Schulins Protest offenbar als actio in factum gedacht. Wohl ist daher Schulin darin beizustimmen, dafs diese actio utilis nicht nur gegen den mala fide possessor gegeben worden sein dürfte. Denn gegen diesen räumt Gaius in seinen Institutionen ausdrücklich auch die actio furti ein, woraus sich ergiebt, dafs jene vermutlich zunächst oder doch auch gegen den gutgläubigen Besitzer bestimmt war. Dagegen ist Schulin darin zu

---

[1] l. c. S. 96.

[2] Vgl. Wlassak, Edict u. Klageform. 1882, S. 60; S. 113 u. n. 4. Litiskontestation S. 27 ff.

widersprechen, dafs der Versuch, in dieser Klage eine actio in factum zu erblicken, „durch den ganzen Zusammenhang der Stelle unmöglich gemacht“ werde. Im Gegenteil nötigt Gaius' Ausdrucksweise in seinen Institutionen geradezu zu der Annahme, dafs die Bezeichnung der vindicatio als einer recta erst durch die Kompilatoren eingeführt und auch dadurch erst dort die utilis actio zu einer vindicatio gestempelt wurde. Als solche kann sie aber von Gaius schon deshalb nicht gedacht gewesen sein, weil sie von vornherein nichts anderes als Zahlung des Wertes der tabula bezweckt und durch Anbot dieser Zahlung jederzeit zurückgeschlagen werden kann.

Ebenso bedenklich erscheint die vindicatio in einem anderen Falle, wo Ulpian an zwei verschiedenen Stellen eine abweichende Stellung zu derselben Frage einnimmt: In der einen[1] dieser Stellen gewährt Ulpian mit Berufung auf Varus und Nerva die vindicatio utilis mit den Worten: de arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet. An der anderen Stelle[2] dagegen erklärt er: nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit, nachdem er zuvor denselben Grundsatz auch für die crusta in fundum meum lapsa ausgesprochen hatte.

Man kann sich nun aus diesem vielbesprochenen Dilemma allerdings mit der Ausflucht retten, dafs Ulpian im ersten Falle lediglich die Meinung anderer Juristen berichten, im zweiten Falle dagegen seine eigene zum Ausdrucke bringen will[3]. Allein verwunderlich ist es dann, dafs er die fremde Anschauung, die seiner offenbar widerspricht, gerade dort kritiklos anführt, wo er von der vindicatio ex professo handelt. Doppelt verwunderlich aber,

---

[1] l. 5 § 3 D. 6, 1.

[2] l. 9 § 2 D. 39, 2.

[3] gl. ad h. l.; Donellus comm. jur. civ. 4, 34; Faber Rat. ad Paul. l. ad h. l.; vgl. Schulin, l. c. S. 89 ff.

dafs er auch an der zweiten Stelle auf denselben Alfenus Varus sich beruft, dem er an der ersten die gegenteilige Meinung unterschoben hat. Auffällig ist es auch, dafs Gaius, der lange nach Varus und Nerva gewirkt hat, und der die entsprechende Erscheinung bei der pictura getreulich berichtet, bei der implantatio keine Notiz davon nimmt[1]. Auch widerspricht diese utilis actio den allerorts über den Eigentumserwerb durch implantatio gelehrten Sätzen. Unterläfst es doch Ulpian auch nicht an der zweiten Stelle ausdrücklich zu betonen, dafs jedem weiteren Rechtsverfahren der Boden entzogen sei, sobald die crusta „terra mea coaluit, quia mea facta est“. Endlich mufs die Begründung der utilis actio im ersten Falle damit, dafs die arbor „mea esse non desinet si nondum coaluit“, zumindest als ungeschickt oder doch ungenügend erscheinen, denn sie vermag nur zu begründen, dafs die utilis und nicht die „recta“ vindicatio Platz greift. Sie läfst aber noch immer den Grund für den Eintritt der „utilis“ vermissen. Eine solche Aufklärung wäre aber um so notwendiger, als anderen Ortes insbesondere auch erklärt wird: et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur. Will man daher nicht den Umstand, dafs die arbor in diesem Falle translata ist, besonders urgieren, um daraus ein Sonderrecht für die zufällige implantatio abzuleiten, wofür es an jedem weiteren Anhaltspunkte mangelt, so bleibt nur die Wahl, an der ersten Stelle ein Glossem oder eine Interpolation anzunehmen. Das letztere scheint wahrscheinlicher, weil auch sonst die vindicatio utilis von den Kompilatoren begünstigt ist. Diese Interpolation dürfte aber nicht so sehr in einer Verderbung des ursprünglichen Textes als vielmehr in einer Verkürzung der Darstellung zu suchen sein. Alfenus und Nerva hatten vielleicht Grund, in diesem Falle eine utilis in rem actio zu geben. Doch dieser Grund ist uns von den Kompilatoren vorenthalten. Jedenfalls aber ist die überlieferte utilis vindicatio, die in der vorliegenden Gestalt

[1] l. 7 § 13 D. 41, 1.

in der That Klage des früheren Eigentümers gegen den jetzigen wäre, mit dem übrigen Quellenstande im Widerspruche und in dieser Form sicherlich auch nicht von Ulpians Gewährsmännern beabsichtigt.

Zwei weitere Stellen, die eine utilis vindicatio einräumen, fallen durch ihren engen Zusammenhang mit Kaiserkonstitutionen des Justinianischen Codex auf. Die eine[1] behandelt die Rückforderung solcher Gegenstände, die der Ehegatte um das ihm von der Frau geschenkte Geld angeschafft hat. Am Schlusse dieser Stelle erklärt Paulus: sed nihil prohibet etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare. Es bedarf wohl keiner grofsen Phantasie, um den engen Zusammenhang dieser Worte mit Justinians Konstitutionenworten[2] herauszufühlen: volumus itaque eam in rem actionem in huiusmodi rebus quasi propriis habere. Zieht man noch die fehlerhafte Anknüpfung sed nihil[3], den fehlerhaften aktiven Infinitiv accommodare und die sicherlich unklassische Konstruktion von prohibet mit dem Accusativ cum Infinitiv in Betracht, so kann wohl kein Zweifel mehr darüber bestehen, dafs nicht Paulus, sondern Justinian es ist, der mit diesen Worten zu uns spricht.

Die andere Stelle[4] findet zwar auch eine Analogie im Codex[5], allein die betreffende Konstitution ist bereits von einem Vorgänger Justinians erlassen. Überdies fehlt es an jedem Grunde, der auch in ihr die Hand Tribonians im Spiele sein liefse. Aber trotzdem ist die Stelle weit entfernt davon, eine vindicatio utilis in dem einen oder anderen herkömmlichen Sinne zu statuieren. Die Personen, zwischen denen das dieser vindicatio utilis zu Grunde liegende Rechtsgeschehnis sich abspielt, sind der tutor oder der Kurator, dessen Pflegebefohlener und ein Dritter. Die Wirksamkeit dieser Sonderklage aber wird dahin charakterisiert,

---

[1] l. 55 D. 24, 1.
[2] l. 30 C. 5, 12.
[3] Vgl. Eisele, Sav.-Z. R.A. VII S. 15 ff.
[4] l. 2 D. 26, 9.
[5] l. 3 C. 5, 51.

dafs sie dem Pflegebefohlenen die Möglichkeit einräumt, die von dem Vertreter im eigenen Namen, aber mit dem Gelde des Vertretenen angekaufte Sache selbst zu vindicieren. Der Grund hierfür kann nur der sein, dafs der gesetzliche Vertreter, wenn er Geschäfte mit dem Mündelgeld macht, kraft gesetzlicher Notwendigkeit für den Vertretenen handelt. Damit ist aber das Wesen dieser vindicatio utilis bereits klar gestellt. Sie ist keine andere Klage als die vindicatio directa mit subjektiver Umstellung. Der Pflegebefohlene wird in der condemnatio als Kontrahent eingesetzt an Stelle des eigentlich kontrahierenden Tutors oder Kurators[1]. Sie ist daher nur utilis vindicatio gegenüber dem dritten Kontrahenten, während sie gegen den Tutor oder Kurator selbst, falls dieser dem Pflegebefohlenen die Herausgabe verweigern sollte, als directa gerichtet wäre. Denn der Vormund hat niemals Eigentum erworben. Er ist nicht Stellvertreter im eigentlichen Sinne des Wortes, der nur dann für den Vertretenen erwirbt, wenn er für ihn erwerben will, er ist vielmehr — es giebt leider nur den unlogischen Terminus — notwendiger Stellvertreter. Er kann, sobald er in der Vermögenssphäre des Pflegebefohlenen thätig wird, nur für diesen erwerben, ob er nun will oder nicht, ob er bona oder mala fide handelt. Anderen Ortes[2] ist dies ausdrücklich entschieden, indem dort erklärt ist, dafs der Tutor auch nicht rem pupilli kaufen kann. Nichts anderes aber ist es im Grunde genommen, wenn er mit des Mündels Geld eines Anderen Sache kauft.

Diese Argumentation setzt sich nun zwar in geraden Gegensatz zu der Jherings[3], wonach die vindicatio utilis nur gegen den Verpflichteten, nicht gegen dritte Besitzer gehen soll. Denn Verpflichteter im Jheringschen Sinne wäre in diesem Falle gerade der Vormund. Allein diese Be-

---

[1] Vgl. Rudorff, R.G. II S. 100 u. die n. 43 u. 44 angeführten Beispiele, Bekker, Aktionen II S. 111 ff.

[2] l. 5 § 2 u. 3 D. 26, 8.

[3] Dogm. Jhrb. I S. 164 ff.

hauptung Jherings vermochte sich nicht einmal auf dem Boden der herkömmlichen Anschauungen von der vindicatio utilis zu behaupten[1]. Sie vermag dies aber noch viel weniger, wenn dieser Klage der Nimbus der Absonderlichkeit vollends genommen und die nüchterne Betrachtung der Quellen an ihre Stelle gesetzt wird. Nun setzt aber Ulpian die vindicatio utilis in diesem Falle in Parallele zur Klage des Mündels aus dem von dem Vormund als Gläubiger — stipulatus fuerit! — geschlossenen Darlehen. Wie daher diese gegen den Dritten als Darlehensschuldner gerichtet zu denken ist, so kann auch die Vindikation nur gegen den dritten Verkäufer oder einen sonstigen Dritten gerichtet gedacht werden, der trotz des vom Vormunde geschlossenen Kaufes die Herausgabe der Sache verweigert. Ist also die dem Vertretenen eingeräumte vindicatio utilis thatsächlich nur die vindicatio directa mit subjektiver Umstellung, durch die der Vertretene an Stelle des in der Intentio genannten ursprünglichen Geschäftsträgers den Condemnationsbefehl für sich in Anspruch nimmt, so liegt auch kein Grund vor, der Wirkungskraft der dinglichen Klage nach irgend einer Richtung Eintrag geschehen zu lassen.

Zwei weitere unmittelbar aneinander anschliefsende Digestenstellen können zwar ebenfalls nicht durch den Hinweis auf Analogien im Codex als Interpolationswerk aus der Welt geschafft werden. Allein es bedarf dessen auch nicht. Denn die eine ist überhaupt nur mit Unrecht in den Bereich der rei vindicatio utilis einbezogen worden. Die andere aber vermag aus anderen Gründen ein unbedingtes Zeugnis für die vindicatio utilis kaum abzugeben.

Die erste Stelle[2] sagt: Si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est.

---

[1] Vgl. Kindervater, Jhrb. f. gem. R. VI S. 342 ff.

[2] l. 29 D. 39, 6.

si vero sic, ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est. sed et si morte praeventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.

Die Stelle geht davon aus, dafs die Schenkung von Todes wegen bald unter einer Suspensiv- bald unter einer Resolutivbedingung geschlossen werden könne[1]. Handelt es sich um eine suspensiv bedingte Schenkung, so steht bis zum Eintritt der Bedingung die Vindikation dem Schenker, nach Eintritt der Bedingung dem Beschenkten zu. Gerade umgekehrt verhält es sich bei der resolutiv bedingten Schenkung. Im Falle dieser steht die Vindikation bis zum Eintritte der Bedingung dem Beschenkten, nach Eintritt der Bedingung dem Schenker zu. In allen Fällen haben wir es demnach mit der regelmäfsigen rei vindicatio directa zu thun. Als auffallend könnte es nur bezeichnet werden, dafs der Eintritt der Bedingung anscheinend ipso iure den Eigentumsübergang herbeiführt. Allein auch darin ist nichts Besonderes gelegen. Denn der äufsere Akt der Eigentumsübertragung ist von der Stelle überhaupt unberücksichtigt gelassen. Sie will nur die Konsequenz für die Zuständigkeit der Vindikation aus der bedingten Eigentumsübertragung ziehen. An diese Stelle nun ist in den Digesten eine andere[2] ebenfalls aus Ulpians Feder stammende Stelle unmittelbar angeschlossen, wiewohl sie ihrer Inskription nach auf eine durchaus verschiedene Materie des prätorischen Ediktes, auf die Fidejussoren und Sponsoren Bezug haben müfste. Die Anknüpfung der Stelle an diesen Rechtsstoff ist allerdings mit erheblichen, bisher noch ungelösten Schwierigkeiten verknüpft.

Lenel[3] ist geneigt, die Stelle, wiewohl ihm selbst diese Annahme „kaum wahrscheinlich" vorkommt, als einen

---

[1] Vgl. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 90 ff.
[2] l. 30 D. 39, 6.
[3] E. P. S. 169.

der Fälle anzusehen, von denen Gaius[1] sagt, dafs es in diesen erlaubt gewesen sei, in infinitum satis accipere. Diese Annahme erscheint sachlich deshalb nicht vollkommen unglaubwürdig, weil zwar nicht die Schenkung von Todes wegen, wohl aber der eng verwandte Fall der letztwilligen Zuwendung ex testamento unter den beispielweise hierfür angeführten Fällen ausdrücklich hervorgehoben ist. Für diese Annahme läfst sich aber noch ein zweiter Anhaltspunkt aus der Ausdrucksweise der Stelle selbst entnehmen. Das Fragment lautet: Qui mortis causa donavit, ipse ex paenitentia condictionem vel utilem actionem habet. Es fällt nun auf den ersten Blick auf, dafs dem ipse kein zweites Subjekt entgegengestellt ist, so dafs diese besondere Hervorhebung des einzigen in Frage kommenden Subjektes unbegründet erscheinen müfste. Dazu kommt weiter noch, dafs Ulpian in der vorbesprochenen Stelle, in der er alle an eine donatio mortis causa anknüpfenden Möglichkeiten der Rückforderung in Betracht gezogen zu haben scheint, der utilis actio mit keiner Silbe Erwähnung thut. Gehen wir nun davon aus, dafs die Stelle in dem Kapitel über die Bürgschaft gestanden haben mufs, so ist wohl die Vermutung nicht allzuweit hergeholt, dafs den Gegensatz zu dem Schenker (ipse) der Bürge bildete, und dafs die Stelle ursprünglich besagte, dem Geschenkgeber ipse stehe die Vindikation oder, wenn das Geschenk in vertretbaren und verbrauchbaren Sachen bestand, die condictio zu, falls die gesetzte Bedingung nicht eintrat oder wegfiel. Dem Bürgen aber, der für die Erfüllung des Geschäftes Sicherheit geleistet hatte, stehen diese Klagen als utiles zu. Die Stelle wäre demnach so zu rekonstruieren, dafs man entweder schon nach dem vel den Bürgen (sponsor) einschiebt, oder aber vel vindicationem liest und als zweiten von den Kompilatoren unterdrückten Teil etwa den Satz ergänzt: Der Bürge aber eine utilis actio, die actio cessa des Hauptschuldners, wenn das Geschäft hinfällig geworden ist, nach-

---

[1] Inst. 3, 125.

dem der Bürge bereits an Stelle des Hauptschuldners den Gläubiger befriedigt hatte. Ein Gegenstück zu dem beneficium cedendarum actionum, kraft dessen der Bürge die Abtretung der dem Gläubiger zustehenden Klagen verlangen kann, indem es sich hier nicht um einen säumigen, sondern vielmehr um einen solchen Schuldner handelt, der vor der Zeit erfüllt hat, so dafs dem Bürgen nicht ein Rechtsmittel gegen den Hauptschuldner, sondern die diesem eingeräumten Schutzmittel gegen den Gläubiger zu gewähren sind.

Die einfachste Lösung wäre allerdings die schon anläfslich der Darstellung des Reurechtes angedeutete, die ganze Stelle mit Pernice[1] als interpoliert anzusehen. Jedenfalls kann aber die utilis actio im Sinne Ulpians nicht als vindicatio utilis angesehen werden, qua dominium pristinum restituatur, denn solche ist für diesen Fall erst durch die Kaiser Valerianus und Gallienus[2] lange nach Ulpians Tagen zur Einführung gelangt[3].

Was schliefslich den Fall der l. 30 D. 24, 1 anbetrifft, die an die Erörterung des ihr voraus gehendenFragmentes: Si vir uxori lanam donavit, et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait die Bemerkung knüpft: utilem tamen viro competere, so scheint keine zwingende Notwendigkeit vorzuliegen, an eine rei vindicatio utilis zu denken[4]. Wir haben es mit einem Fall von Specifikation zu thun, durch die das ursprüngliche Eigentum erloschen ist. Das nächstliegende wäre daher eine condictio, doch auch eine solche kann nicht Platz greifen, da das Moment der Rückforderung in Anbetracht der wesentlichen Umgestalt der im Streite verfangenen Sache nur für eine

---

[1] Labeo III S. 267 n. 4.

[2] l. 1 C. 8, 55.

[3] Vgl. Erxleben, cond. II. S. 105 n.; Pernice, Labeo III S. 267 n. 4.

[4] Ebenso: Windscheid, Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung, Programm, Leipzig 1878, S. 17.

condictio furtiva zutreffen würde[1]. Wohl aber hindert nichts, eine solcher condictio nachgebildete utilis actio anzunehmen. Mit dieser Annahme ist aber der letzte Fall der rei vindicatio utilis aus den Digesten ausgeschieden.

Als wirkliche Fälle einer vindicatio utilis für die vorjustinianische Zeit erübrigen demnach nur drei Codexstellen, von denen die eine[2] schon erwähnte die vindicatio utilis ausdrücklich als eine Klage bezeichnet, qua pristinum dominium restituatur, dazu jedoch bemerkt, dafs das ordentliche Rechtsmittel in diesem Falle die condictio wäre, und die principes nur dafür hielten, dafs in hoc casu auch die vindicatio zu gewähren sei. Damit ist die Beschränkung dieser anormalen vindicatio auf diesen Fall ebenso manifestiert, wie die ihr innewohnende durch die Kaiser geschaffene Neuerung. Die zweite[3], als deren Urheber Konstantin und Licinius genannt werden, gewährt neben der condictio die utilis in rem actio zur Rückfordung der Brautgeschenke, die dritte[4] räumt in Verkennung des Rechtsgrundes der utilis vindicatio des Mündels auf Herausgabe der um sein Geld angeschafften Sachen dieselbe utilis vindicatio unter denselben Voraussetzungen dem miles ein, wiewohl hier das für die Klagslegitimation des Mündels wesentliche Stellvertretungsverhältnis mangelt. Der Grund liegt offenbar in unbedachter Analogie zu anderen Rechtswohlthaten, die den Mündel, den Soldaten u. a. m. hinsichtlich ihrer Rechtsunkenntnis auf gleiche Linie stellen und den genannten allen gleichermafsen zu Hilfe kommen wollen. Jedenfalls aber sind diese Fälle als unzweifelhaftes Kaiserrecht der spätesten Zeit, bezüglich dessen bis zur Kodifikation Justinians noch immer der Zweifel gestattet ist, ob es allgemeine oder nur provinzial beschränkte Gültigkeit haben sollte, nicht geeignet, einen dauerhaften Keil in das ge-

[1] l. 13 D. h. t. 13, 1.
[2] l. 1 C. 8, 55.
[3] l. 15 C. 5, 3; vgl. l. 2 C. Th. 3, 5.
[4] l. 8 C. 3, 32.

schlossene System des klassischen Rechtes zu treiben. Für dieses ist vielmehr die rei vindicatio utilis im Sinne einer dinglichen Klage des Nichteigentümers gegen den Eigentümer auf Übertragung des Eigentums auf das entschiedenste abzuweisen. Angesichts dieser Sachlage wäre es ein müfsiges Beginnen, sich in den Streit über die Natur dieser Klage näher einzulassen. Es ist aber immerhin ein nicht zu unterschätzender Beweis für den wenig klassischen Charakter dieser Klage, wenn wir das vergebliche Bemühen der Rechtsgelehrten bemerken, selbst die wenigen Fälle der vindicatio utilis unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt zu bringen. Die Zurückführung dieser Fälle auf die gemeinsame Basis der Publiciana in rem actio erscheint durch die scharfe Zurückweisung, die sie durch Huschke und Brinz erfahren hat, abgethan. Es ist aber auch richtig, wenn gegen die Konstruktion Jherings, der in allen Fällen die vindicatio utilis als Klage des früheren gegen den jetzigen Eigentümer auf Herausgabe angesehen wissen will, eingewendet wird, dafs diese Konstruktion auf die utilis actio des Pupillen und miles nicht passe. Nicht minder zutreffend ist die Bemerkung, dafs die Annahme einer Eigentümerfiktion da unbrauchbar werde, wo die vindicatio utilis auf pristinum dominium ausdrücklich gestützt wird. Demgegenüber führen die Ergebnisse der soeben angestellten Untersuchung dazu, dafs die vindicatio utilis teils interpoliert, teils die wirkliche Vindikation mit Umstellung der Subjekte ist, teils eine durch privilegium principis gewährte besondere Klage.

Ist nun aber die vindicatio utilis in der That dem klassischen Rechte fremd, so entfällt damit auch die Notwendigkeit, die Frage ihrer Konkurrenzfähigkeit mit der condictio in Erwägung zu ziehen. Die Codexstellen lassen beide nebeneinander in elektiver Konkurrenz zu. Dort wo das ursprüngliche Eigentum erloschen ist, räumen sie dem Berechtigten die condictio, daneben, ohne dafs besondere Voraussetzungen dafür erfordert würden, auch die rei vindicatio utilis ein. Auch darin ist ein Grund mehr für

die Nichtexistenz der rei vindicatio utilis im klassischen Rechte gelegen. Denn wenn die Voraussetzungen und der Effekt beider Klagen identisch sind, dann ist das Bedürfnis nach einer rei vindicatio utilis um so weniger vorhanden, als hinsichtlich der Beweisfragen die Schwierigkeit dieser eine wesentlich gröfsere gewesen sein müfste als die der condictio. Hätte doch der mit der rei vindicatio utilis Klagende nicht nur die Rechtsunwirksamkeit des betreffenden Geschäftes, sondern auch sein früheres Eigentum zu beweisen gehabt.

§ 17. Konkurrenzcondictio (condictio generalis).

Die Frage nach der Möglichkeit einer Konkurrenz der condictio mit der actio adiecticiae qualitatis, der actio praescriptis verbis oder der vindicatio utilis ist nunmehr dahin zu beantworten, dafs eine Konkurrenz im eigentlichen Sinne in allen diesen Fällen nicht vorliegt. Im ersten Falle steht dem Kläger nicht ein Wahlrecht zwischen verschiedenen Klagen zu, sondern nur zwischen verschiedenen Formen derselben Klage. Es steht ihm frei, gegen den Gewalthaber adjekticisch oder auf Grund des iussus auch direkt zu klagen. Im zweiten Falle entspringen wohl zwei Klagen aus demselben Rechtsverhältnisse gegen denselben Beklagten. Allein sie verfolgen wesentlich verschiedene Ziele und gehen von durchaus verschiedenen Voraussetzungen aus. Die eine will Erfüllung herbeiführen, die andere die Auflösung des Rechtsverhältnisses. Doch hängt die Wahl der einen oder der anderen nicht vom freien Ermessen des Klägers, sondern von der jeweiligen Sachlage ab. Im letzten Falle endlich verbietet sich die Annahme einer Konkurrenz von selbst, weil die vindicatio utilis im Sinne einer selbständigen Klage des Nichteigentümers dem klassischen Rechte überhaupt fremd geblieben ist. Eine Konkurrenz von condictio und vindicatio „recta“ anzunehmen, kann aber niemandem beifallen. Denn wenn sie auch beide aus einem rechtsunwirksamen Geschäfte entspringen können, so ist doch

ihre causa proxima in jedem Falle eine verschiedene. Ist doch die eine auf Rückforderung einer im Eigentum des Klägers stehenden und diesem mit Unrecht vorenthaltenen Sache gerichtet, die andere dagegen auf Rückforderung einer in das Eigentum des Beklagten übergegangenen Sache.

Der ersterwähnte Fall nun, wo aus Rechtsgeschäften mit dem Gewaltunterworfenen eine condictio gegen den Gewalthaber eingeräumt wird, hat vielleicht schon in der Vorstellung Justinians, jedenfalls aber, infolge des unklaren solcher condictio unterliegenden konkreten Thatbestandes, in der Überlieferung die Gestalt einer Generalklage angenommen. Das Charakteristische dieser Generalcondictio aber wird darin erblickt, dafs sie nicht so sehr neben einer bestimmten anderen Klage aufzutreten, als vielmehr an die Stelle jeder anderen Klage zu treten bestimmt sein soll, mag der ihr zu Grunde liegende Thatbestand sein, welcher er wolle.

Quelle und Stützpunkt dieser condictio generalis ist die berühmte l. 9 D. R. C. 12, 1: Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto; licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio; ceterum si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere u. s. w.

Der letzte, der die Stelle für bare Münze, ihre Lehre für klassisches Recht nahm, war Baron[1]. Er handelte hierbei gewissermafsen unter einem unwiderstehlichen Zwange. Denn sie bildete den besten Anhaltspunkt für seine Lehre von der „allumfassenden“ Macht der condictio, die er schon auf die legis actio per condictionem zurück übertragen wissen wollte. Mit dieser Stelle mufs daher auch sein mühsam und kunstvoll aufgerichtetes Lehrgebäude in sich selbst zusammenstürzen, um nur die abstrakte Kondiktionenformel als Gut von dauerndem Werte übrig zu lassen.

---

[1] Abh. I S. 93 ff.

Allein die Gründe, die gegen die Echtheit der Stelle ins Feld geführt werden, sind zu schwerwiegende, als dafs sie uns lange darüber in Zweifel lassen könnten, ob wir uns auf die Seite von Justinian und Baron oder auf die von Pernice[1] und Mitteis[2] schlagen sollten[3]. Die condictio incerta hat sich uns bereits als Justinianische Fälschung erwiesen. Ist aber diese nicht klassischen Ursprunges, so ist — können wir nun umgekehrt sagen — auch die condictio certa, da es am logischen Gegensatze fehlt, dem klassischen Recht fremd. Diese von Pernice ausführlich begründete Behauptung[4] dürfte heute wohl keinem berechtigten Zweifel mehr begegnen. Damit ist freilich erst das „certi" der Stelle beseitigt, aber an ihrem wesentlichen Inhalt noch soviel wie nichts geändert. Beträchtlichere Zweifel an der Unechtheit der Stelle entstehen schon, wenn wir bedenken, dafs die Einteilung in contractus certi und incerti, „ein Lieblingsgedanke der Byzantiner[5]", auch an der zweiten Stelle[6], wo sie uns in den Digesten begegnet — und sie kommt überhaupt nur an diesen beiden Stellen vor — unzweifelhaft interpoliert ist[7]. Endlich schwinden alle Zweifel darüber, „wer eigentlich" aus dieser Stelle „zu uns spricht", wenn wir die so unklassisch wie möglich klingenden Worte lesen: quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat[8]. Diese Worte sind überdies durch einen Fehler in der grammatikalischen Konstruktion — eorum statt earum — ausgezeichnet, von dem es allerdings fraglich sein kann, ob er auf Rechnung der Abschreiber oder der Kompilatoren selbst zu setzen ist.

---

[1] Krit. Vierteljahrsschr. X S. 110; Sav.-Z. R.A. XIII a. a. O. S. 250 ff.; vgl. auch Bekker, Aktionen I S. 136 ff.

[2] Dogm. Jhrb. XXXIX S. 153 ff.

[3] Vgl. auch Naber, obs. XIX Mnemosyne 19 p. 182.

[4] Sav.-Z. R.A. XIII S. 252.

[5] Lenel, E.P. S. 185 f.; Mitteis, l. c. S. 153.

[6] l. 18 pr. D. 46, 4.

[7] Pernice, Sav.-Z. R.A. XIII S. 253 f.

[8] Vgl. Mitteis l. c. S. 153.

Zu diesen formalen Bedenken treten jedoch noch mindest ebensoviele materiellrechtliche hinzu, die uns in die Klassicität der Stelle gegründete Zweifel setzen lassen.

Die Auslegung der Stelle hat den Rechtsgelehrten von jeher die gröfsten Schwierigkeiten bereitet und bisher noch zu keinem befriedigenden Resultate geführt. Eine Ausnahme macht nur Baron, dessen Anschauung es ist, „dafs die Deutlichkeit der Stelle nichts zu wünschen übrig läfst[1]". — Allein auch solche Schwierigkeit könnte noch immer den Auslegern selbst zur Last gelegt werden. Die Stelle ist jedoch so, wie sie uns vorliegt, in der That mit dem klassischen Rechtszustande unvereinbar. Das Hauptbedenken, das Pernice[2] geltend macht, ist der von Baron allerdings ohne weiteres angenommene Umstand, dafs dadurch „das Selbstschätzungsrecht des Kondizenten und die Allgemeinheit der Klage in ihre Entstehungszeit zurückverlegt werden" müfste, wodurch „die gesamte Entwickelung der Konsensualverträge und Realverträge, namentlich aber die Ausbildung der Innominatkontrakte unverständlich" würde. Dazu kommt noch die ohne Not vom Kläger heraufbeschworene Gefahr der pluris petitio. Wollte man aber selbst dem Kläger das Recht einräumen, seine Rechtslage auf diese Weise freiwillig zu verschlechtern, um sich dadurch den Gewinn der sponsio tertiae partis zu sichern, so ist es doch kaum denkbar, „dafs einem solchen Kalkul zuliebe der Beklagte gezwungen wird, sich dem Risiko der Succumbenzstrafe und gar noch etwa dem Zwang des ius iurandum in iure delatum auszusetzen[3]". Schliefslich scheitert diese condictio generalis auch an der Thatsache, dafs von unserer l. 9 cit. abgesehen es nirgends in den Quellen gesagt wird und „mit dem Gesamthabitus der Quellen" unvereinbar ist, dafs jemals z. B. „ein nicht

---

[1] Abh. I S. 93. Dagegen schon Jhering, Scherz und Ernst, S. 225 n. 1.

[2] Sav.-Z. R.A. XIII S. 250 f.

[3] Mitteis l. c. S. 158.

stipulierter Kaufschilling mit condictio habe eingeklagt werden können[1]".

Gewifs sind daher der Bedenken genug, um an der Echtheit unserer Stelle zu zweifeln. Allein dennoch fehlte es bisher an einer ratio, die diese eigentümliche Neuerung hätte befriedigend erklären können und damit auch aufser allen Zweifel gesetzt hätte, dafs wir es mit einer Änderung des bisherigen Rechtszustandes, hervorgerufen durch den engen Zusammenhang dieses Rechtsinstitutes mit einem anderen erst durch Justinian geschaffenen, zu thun haben. Nunmehr hat endlich Mitteis den erlösenden Gedanken gefunden und damit vage Vermutungen zur Gewifsheit erhoben. Seine Ausführungen sind noch zu frisch im Gedächtnis, um hier des breiteren wiederholt zu werden. Es genügt daher, seinen Gedanken ganz kurz zu skizzieren[2]: danach ist der in dieser Stelle ausgesprochene Satz, dafs es gestattet sein solle, jeden Rechtsanspruch zum Gegenstand eines certum condicere zu machen, die naturgemäfse Reaktion gegen die ... nunmehr zwecklos gewordene sachliche Beschränktheit des alten „si certum petetur". Zwecklos aber war diese Beschränktheit geworden durch jene Konstitution Zenos, die die Gefahr der pluris petitio tempore aufhob, der Justinian in einer Konstitution unbekannten Datums die pluris petitio re zugesellte. Ein zweites in Betracht kommendes Moment ist sodann das Verschwinden der sponsio tertiae partis, womit die prozessualen Unterschiede des auf ein certum und des auf ein incertum gerichteten Verfahrens aus der Welt geschafft waren.

Es läfst sich nicht leugnen, dafs diese Lösung lange gehegter Zweifel ebenso sehr durch ihre Einfachheit wie durch ihre Natürlichkeit überzeugend wirkt. Es kann daher nicht wunder nehmen, dafs sie nicht den leisesten Widerspruch gefunden hat. Vielmehr findet sie ihre volle

[1] Mitteis l. c. S. 154; vgl. dagegen Bekker, Aktionen I, S. 144.

[2] Vgl. Dogm. Jhrb. XXXIX a. a. O. S. 161 ff.

Bestätigung in dem Umstande, dafs auch die wenigen anderen eine condictio generalis involvierenden Stellen durch Mitteis[1] als interpoliert erwiesen werden konnten, ohne dafs er sich genötigt sah, diesen Stellen besonderen Zwang anzuthun.

Zu diesen Fragmenten aber zählten oder, wenn man lieber will, zählen in gewissem Sinne eigentlich nicht jene von der condictio handelnden Stellen, die sie in Konkurrenz zu einer actio adjecticiae qualitatis treten lassen. Sie zählen nach Justinians Vorstellung dazu, wenn man, sie verallgemeinernd, jeden beliebigen Thatbestand ihnen zu Grunde gelegt denkt. Dann aber ist condictio in diesen Stellen zweifelsohne für das klassische Recht durch actio zu ersetzen. Sie zählen nicht dazu, wenn man sie auf ein kondiktionenrechtliches Verhältnis gegründet denkt, wofür nach Mitteis l. 29 D. 12, 1 und l. 17 § 4 und 5 D. 14, 3 zu inklinieren scheinen, die, mit l. 5 pr. D. 15, 4 zusammengehalten, in ihrem ursprünglichen Zusammenhange vermutlich vom Darlehen handelten. Denn in diesem Fall ist die direkt gewährte condictio nichts anderes als die Specialcondictio aus dem Darlehen.

Damit aber ist die prozessuale Seite der condictio des klassischen Rechts erschöpft. Die Fragen nach der Beweislast und dem Einflusse des Irrtums auf die Zulässigkeit der condictio, so sehr sie auf den ersten Blick prozefsrechtlicher Natur zu sein scheinen, sind besser der materiellrechtlichen Lehre der condictio vorzubehalten, denn sie scheinen allzusehr von der Beschaffenheit des der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts abhängig. Ebenso scheint die Untersuchung über das Wesen der sog. condictio ex lege, die nach dem heutigen Stande der Lehre wohl nur mit wenigen Worten gestreift zu werden braucht, mehr auf dem Boden des materiellen, denn auf dem des Prozefsrechts zu liegen.

Es möge demnach genügen, die gewonnenen Resultate nochmals kurz dahin zusammenzufassen, dafs die condictio

[1] l. c. S. 156 f.; S. 167 ff. Dazu Bekker, Aktionen I S. 137 n. 8.

des Formularprozesses die strenge abstrakte Klage auf ein certum war, die hinsichtlich der Konkurrenz mit anderen Klagen durch nichts von den allgemeinen Grundsätzen über Klagenkonkurrenz abwich, und die wie jede andere Klage bedingt war durch das Vorliegen bestimmter, eng umgrenzter materieller Rechtsverhältnisse.

Die condictio des Kaiserprozesses.

§ 18.

Mit dem Verschwinden des Formularprozesses mufste auch die condictio ihre im Prozefsrecht begründete besondere Bedeutung verlieren. Durch die Verschmelzung des Verfahrens in iure mit dem in iudicio zu einer einheitlichen Streitverhandlung gingen die Vor- und Nachteile der abstrakten Formel von selbst verloren. Dieselbe Einheit des Verfahrens brachte es auch mit sich, dafs man sich in der Folge nicht mehr bemüfsigt sah, einen Unterschied in der Verhandlung von Rechtsstreitigkeiten zu machen, je nachdem sie auf ein certum oder ein incertum, ein negotium stricti iuris oder bonae fidei sich bezogen. Diese Vereinfachung und Nivellierung des Prozefsweges mufste aber notwendig auch auf die Ausgestaltung des materiellen Rechtes zurückwirken. Es ist daher nur als eine organische Fortentwickelung des materiellen Rechtszustandes anzusehen, wenn Justinian in seiner Kodifikation diese Wechselwirkung zwischen Prozefsordnung und Rechtsordnung bis ins Detail zum Ausdruck brachte.

Die Darstellung dieser durch Justinian geschaffenen Rechtsgestaltung erfordert jedoch um so weniger Aufwand an extensiver und intensiver Arbeit, als gerade dieser spätrömische Stand der Kondiktionenlehre von jeher zum Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung und Bearbeitung gemacht wurde. War man doch bis herauf in unsere Tage ganz allgemein gewöhnt, in dem Gesetzgebungswerke Justinians, von Kleinigkeiten abgesehen, das römische Recht schlechtweg zu erblicken. War es daher schwierig, den klassischen, von allen Schlacken Justinianischer Verderbnis gereinigten

Rechtszustand wieder erstehen zu lassen, so können wir uns dagegen da, wo es sich um eine Skizzierung des oströmischen Kaiserrechtes handelt, gewissermafsen mit dem Satze begnügen, dafs diesem Rechtszustande all das zu eigen war, was für die vorhergehenden Epochen abgelehnt werden mufste. Mit Justinian hielt die Scheidung in eine condictio certa und incerta, hielten auch die rei vindicatio utilis und die condictio generalis, hielten ferner die verschiedenen Formen der condictiones sine causa ihren Einzug in das römische Rechtssystem. Nunmehr verwandelte sich in der That die streng umgrenzte abstrakte Klage zur Verwirklichung von dem strengen Rechte angehörenden Rückforderungsansprüchen auf ein certum in ein zur Verwirklichung aller nur erdenklichen Ansprüche auf jedes beliebige Objekt geeignetes Rechtsmittel von unbegrenztem Umfang und unbestimmtem Inhalt. Nunmehr war die condictio wirklich die actio in personam schlechtweg, die Klage qua cum eo agitur, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. So wenig Interesse daher dieser Rechtszustand auch für den Romanisten gewährt, dessen Ziele nur im Gebiete des klassischen römischen Rechtes liegen, so ist doch andererseits die Bedeutung dieses gewaltigen Umschwunges für die spätere, ja noch für die heutige Rechtsentwickelung nicht zu verkennen, sobald wir auf den Standpunkt des gemeinen Rechtes uns stellen. Ist doch dieses nicht so sehr eine Frucht des römischen als vielmehr eine solche des Justinianischen Rechtes, dafern es gestattet ist, den Gegensatz in dieser Weise zum Ausdruck zu bringen.

Wenn wir daher über den Einflufs der römisch-justinianischen Kondiktionenlehre auf die mittelalterlich-moderne Konstruktion der Bereicherungsansprüche uns volle Klarheit verschaffen wollen, werden wir darüber erst ins reine zu kommen haben, ob die prozessuale Umgestaltung im Gebiete der condictio durch den Kaiserprozefs auch die materielle Basis der mit solcher zu verfolgenden Rechtsansprüche veränderte. Erst dann kann die Frage beantwortet werden, ob die condictio des Justinianischen Rechtes, da-

fern sie es nicht schon früher war, zu einer Bereicherungsklage im eigentlichen Sinne des Wortes wurde, oder ob die condictio nach wie vor, ihre Anwendungsfälle als condictio generalis ausgenommen, eine solche Bereicherungsklage nicht war.

Diese Frage zu entscheiden können wir jedoch erst dann unternehmen, wenn wir in die Untersuchung der materiellrechtlichen Natur der condictio eingetreten sind.

Trachten wir aber nun am Schlusse dieser Darstellung des historischen Entwickelungsganges der condictio auf dem Boden des Prozesses zu einer allgemeinen Charakteristik der condictio als Rechtsmittel, als Erscheinungsform des Prozeſsrechtes zu gelangen, so möchte sich das im Laufe dieser Untersuchung gewonnene Resultat in geraden Gegensatz zu jenem stellen, das Bekker[1] unter dem Beifall von Muther[2] und Pernice[3] aufstellen zu sollen glaubte. Seine ebenso umfassende wie scharfsinnige Erörterung gipfelt bekanntlich in dem Satze, daſs die Entwickelung der Kondiktionsgründe „nicht von einem festen Kern ausgegangen ist und nicht in dem Ansetzen von anderen, ähnlich abgeschlossenen Stücken an diesen bestanden hat, sondern daſs von vornherein ein umfängliches und unübersichtliches, auf lebhaft empfundenen Gefühlen und unausgedachten Gedanken beruhendes Material vorhanden gewesen, und daſs die spätere Arbeit wesentlich nur eine Klärung, Sonderung, Ordnung desselben, Herstellung von Grenzlinien nach auſsen wie im Innern gewesen ist[4]".

Seitdem Bekker diese Worte niedergeschrieben, ist man sich über den interpolatorischen Charakter der condictio incerta und der condictio generalis erst vollkommen klar geworden. In dieser Zwischenzeit erst ist die actio praescriptis verbis, ist das Reurecht auf seinen wahren Gehalt

---

[1] Aktionen I S. 123.
[2] Krit. Vierteljahrschr. XV S. 437.
[3] Labeo I S. 419, III S. 217 ff.
[4] Dagegen schon Baron, Abh. I S. 20 f.

zurückgeführt worden. Erst nach Bekkers gründlicher Arbeit ist man über die zerstörende Thätigkeit der Kompilatoren im Gebiet der condictio vollends aufgeklärt worden. Was Wunder daher, dafs wir heute hinsichtlich der Konditionenfrage auf einem durchaus verschiedenen Standpunkt stehen.

Sind wir erst darüber einig geworden, dafs die allumfassende, unterschiedslose Anwendbarkeit der condictio dem spätrömischen Rechte angehört, während das klassische Recht gerade umgekehrt die condictio in die engsten Schranken gewiesen wissen wollte, so kann es auch nicht mehr in Erstaunen setzen, wenn wir im Gegensatze zu Bekker der Anschauung huldigen, dafs die Entwickelung der condictio nicht, wie Bekker anzunehmen geneigt ist, eine centripetale, sondern gerade umgekehrt eine centrifugale gewesen ist, dafs das Anwendungsgebiet der condictio im Laufe der Zeit sich nicht verengend befestigt, sondern im Gegenteil sich erweiternd verflacht hat. Die condictio, und zwar schon die condictio des Legisactionenprozesses hat an wenige genau umschriebene Thatbestände, an mutuum, stipulatio und expensilatio angeknüpft. Der diesen Instituten innewohnende Gedanke der Rückforderung übertrug sich allmählich von dem Rechtsgeschäft auf die Klage. So fand die condictio später überall dort Anwendung, wo es sich um eine Rückforderung handelte, vorausgesetzt, dafs auch die übrigen prozessualen Voraussetzungen der condictio zutrafen. Das letzte Stadium der Entwickelung bestand sodann darin, dafs man diese prozessualen Erfordernisse der condictio mählings verringerte. Man liefs das certum, das strictum ius fallen. Damit kam man zu der letzten Ausgestaltung der condictio, zu der condictio incerti einerseits, zu der condictio generalis auf der anderen Seite. Für diesen soeben skizzierten Entwickelungsgang spricht auch der Umstand, dafs gerade diese erweiterten Anwendungsformen der condictio als Erfindung Justinians gekennzeichnet werden konnten [1]. Dafür spricht

[1] Vgl. Trampedach, Sav.-Z. R.A. XVII S. 99.

endlich auch die Erscheinung, dafs auch die Systematik der condictio, soweit sie die Fälle der sog. condictiones sine causa betrifft, erst seit der Kaiserzeit mit einiger Zuverlässigkeit verfolgt werden kann.

Ist aber dieser Entwickelungsgang in der That der, den die condictio im römischen Rechte genommen hat, so ist auch die Rechtsfigur der condictio eine solche, die sich auf logischem Wege von innen nach aufsen entwickelt, von engeren auf immer weitere Kreise des Rechtslebens Einflufs gewonnen hat.

Zweiter Abschnitt.

Die condictio als materieller Rechtsanspruch.

§ 19. Übersicht.

Der erste Teil der eingangs gestellten Aufgabe ist damit zu einem befriedigenden Abschlusse geführt, daſs es gelungen ist, die condictio aus den sie umhüllenden Schlacken herauszuschälen und in der reinen Gestalt der abstrakten, strengen, auf dare oportere eines certum gerichteten Klage hervortreten zu lassen, die in dieser Funktion mit keinem anderen Rechtsmittel in Konkurrenz zu treten in die Lage kam. Nunmehr obliegt es, zu zeigen, von welcher materiellen Rechtsgrundlage aus diese dominierende Stellung der condictio erwuchs.

Solche Untersuchung aber lenkt den Blick vor allem auf die in den Digesten beliebte Einteilung der condictio nach dem Klagegrunde. Daſs diese Systematik nicht klassischen Ursprungs ist, bedarf heute keines Beweises mehr. Doch gilt diese Verneinung nur für die Rechtspraxis, nur für die condictio als Klageformel, nur für die actio certae pecuniae als solche. Sie gilt jedoch nicht für die Rechtstheorie, nicht für die condictio als Gegenstand theoretischer Erörterungen, vielleicht nicht einmal für die actio certae pecuniae in iudicio. Schon anderen Ortes wurde darauf hingewiesen, daſs sich jedenfalls schon die erste Kaiserzeit der systematischen Fragen im Gebiete der condictio bemächtigte.

Wenn auch die substantivischen Bildungen, wie condictio indebiti u. s. w. dem klassischen Recht überhaupt fremd geblieben zu sein scheinen, so waren doch die Verbalformen wie indebitum condicere u. s. w. den Juristen offenbar geläufig[1]. Damit ist aber auch wahrscheinlich gemacht, dafs man schon damals der wechselvollen Verwendbarkeit der condictio und der dadurch bedingten verschiedenen Behandlung einzelner Kondiktionsfälle durch den iudex sich bewufst war.

Eine besondere Stellung unter diesen Kondiktionsgruppen, die sich nach dem Klagegrunde unterscheiden, nimmt nun die condictio ex lege ein. Sie scheint aber um so beachtenswerter, als sie in Verbindung mit der ihr nachgebildeten condictio ex moribus den nachhaltigsten Einflufs auf die Fortbildung der Kondiktionenlehre des gemeinen Rechtes gewonnen hat. Doch ist über die interpolatorische Natur auch dieser Sonderfigur der condictio heute wohl niemand mehr im Zweifel. Savigny[2] nimmt sie noch als eine Erscheinungsform der klassischen condictio hin und begnügt sich damit, gegen den „Mifsbrauch Stellung zu nehmen, der von manchen neueren Schriftstellern mit diesem Namen getrieben worden ist“. Um so gröfsere Schwierigkeit bereitet es ihm aber, diesen Kondiktionsfall mit seiner sonstigen Konstruktion der condictio in Einklang zu bringen. Erst Baron[3] hat uns über die wahre Natur dieser condictio aufgeklärt, indem er darauf hinwies, dafs wir „über den Rechtszustand der klassischen Jurisprudenz“ hinsichtlich dieser Frage „nur zwei Stellen“ haben. Davon ist die eine nur durch die sicherlich von den Kompilatoren herrührende Titelüberschrift als von der condictio ex lege handelnd charak-

[1] l. 52 D. 12, 6; l. 1 D. 12, 7; l. 1 D. 12, 5; l. 65 D. 12, 6 — § 266 Fragm. Vat.; l. 6 D. 24, 1; l. 65 § 3 D. 12, 6; l. 2 D. 12, 4; l. 5 D. 12, 7 u. a. m.; vgl. Baron, Abh. I S. 45 ff.; A. M. Voigt, cond. S. 288 ff.; Pernice, Labeo III S. 234 ff.

[2] System, V S. 542 ff.

[3] Abh. I S. 76—87.

terisiert[1], während die andere von einer condictio handelt, die sich zwar auf den Thatbestand der lex Julia de adulteriis stützt, sich aber in nichts von der regelmäfsigen condictio unterscheidet. Keine der beiden Stellen bietet demnach den Fall einer „echten" condictio ex lege dar, die den angeblich von Paulus hiefür erforderten Bedingungen entsprechen würde. Diese „echten" Kondiktionsfälle ex lege finden sich erst in Konstitutionen Justinians[2]. Damit ist wohl die Behauptung, dafs die condictio ex lege „eine Schöpfung Justinians" sei, zur Genüge erhärtet[3]. Gleichzeitig ist aber aus dieser Sachlage zu entnehmen, welch zweifelhafter Wert der condictio ex lege und gar erst der condictio ex moribus des gemeinen Rechtes beizumessen sein wird.

Die Einheit der condictio scheint demnach in jeder Richtung sicher gestellt. Es bleibt daher nur noch zu entscheiden, ob der lose Einigungspunkt des dare oportere, der allein die Verknüpfung der Kontraktscondictio (condictio ex mutuo u. s. w.), der condictio furtiva und der condictiones sine causa zu vermitteln berufen ist, dennoch derartige Festigkeit zu bieten vermag, dafs er allzu grofse Schwankungen ihrer materiellen Grundlage zu hindern und sie in bestimmte Grenzen zu bannen imstande ist.

Diese Aufgabe scheint um so schwieriger, als auch das dare oportere diese Vermittlerrolle nur zu spielen vermag, wenn man in Anbetracht der condictio furtiva dem dare eine schillernde Bedeutung zuerkennt und von dem strengen Begriffe der Eigentumsübertragung absieht, der ihm ursprünglich innewohnt. Die Entscheidung dieser Frage aber mufs den Angelpunkt der Erörterungen über die materielle Grundlage der condictio bilden.

Die materielle Rechtsgrundlage der condictio sicher zu stellen, ist jedoch ein Bemühen, das die Rechtswissenschaft

[1] Vgl. Wlassak, Kritische Studien, S. 132 n. 44.
[2] Vgl. Baron, Abh. I S. 81 ff.
[3] Vgl. Pernice, Labeo III S. 204 n. 1.

bis auf unsere Tage beschäftigt. Dieses Bemühen mufste ein um so eifrigeres und angestrengteres werden, seitdem man immer mehr Klarheit darüber gewann, dafs nirgend so wie auf diesem Gebiete der gesetzgeberische Eifer Justinians gewütet und dadurch die ursprüngliche Basis der condictio bis zur Unkenntlichkeit verschoben hatte. Anfänglich nun hatte man sich damit begnügt, entsprechend den von Justinian aufgestellten Kondiktionsformen für jede einzelne davon ihre gesonderten Voraussetzungen festzustellen und das Schwergewicht der Untersuchung auf das Gebiet der sog. condictiones sine causa zu verlegen. Das Bestreben der heutigen Rechtsgelehrsamkeit ist jedoch, seitdem der einheitliche Charakter der condictio erkannt wurde, vorwiegend darauf gerichtet, den gemeinsamen Ausgangs- und Berührungspunkt dieser mannigfaltigen Funktionen ein und derselben Klage ausfindig zu machen.

Wenn diese Untersuchungen trotzdem immer wieder vom rechten Wege abirrten, so ist der Grund für diese auffallende Erscheinung wohl lediglich darin zu erblicken, dafs man sich, noch immer in alten Vorurteilen befangen, von der Fata morgana der grundlosen Bereicherung nicht genügend frei zu machen vermochte.

Diese Voreingenommenheit nun brachte es vor allem mit sich, dafs man bis nun die inhaltreichen und folgenschweren Ergebnisse der Textkritik, die uns die prozessuale Gestalt der condictio in vollkommen neuem Lichte haben erscheinen lassen, die, um im Bilde zu bleiben, die spektralen Lichterscheinungen der verschiedenen Kondiktionsfunktionen in dem einheitlichen Lichte der einen wesensgleichen condictio zusammengefafst haben, lediglich dazu benutzt hat, zu neuen einheitlichen Konstruktionsversuchen der condictiones sine causa zu schreiten. Man unterliefs es dagegen trotzdem, den engen Zusammenhang, ja die Einheit dieser Erscheinungsformen der condictio mit den Rechtsfiguren der condictio furtiva auf der einen und der aus Kontrakten entspringenden Kondiktionen auf der anderen Seite genügend zu betonen und klar zu stellen. Dieses Versäumnis kommt

darin am besten zum Ausdrucke, dafs eine Übersicht über den Entwickelungsgang der wechselnden Auffassungen von der materiell-rechtlichen Natur der condictio sich auf die Geschichte der condictiones sine causa beschränken mufs. Denn die übrigen Formen der condictio haben wohl auch zum Teile wenigstens im Laufe der Zeit verschiedene Beurteilungen erfahren. Da man sie jedoch als selbständige, mit den übrigen Kondiktionen nur dem Namen nach verwandte Erscheinungen ansah, blieben sie zumeist aufser dem Bereiche allgemeiner Konstruktionen der condictio stehen. Eine Ausnahme macht nur Baron[1], der die condictio überhaupt in das Prozefsrecht verweist und ihr die Voraussetzung eines bestimmten materiellen Thatbestandes rundweg abspricht. Er wahrt demnach zwar den einheitlichen Charakter der condictio, allein seine Auffassung scheint doch insofern unbegründet, als sie den Standpunkt der condictio generalis unbedingt und uneingeschränkt teilt. Auch seine Anschauung bedarf daher einer Modifikation, nur dafs hier gerade umgekehrt eine Einschränkung von nöten sein wird.

So wechselvoll nun auch im übrigen das Schicksal der condictio in der rechtlichen Beurteilung gewesen ist, so haben doch immer nur drei Grundanschauungen über ihr Wesen und ihre Natur bald mehr, bald weniger allgemeiner Wertschätzung sich erfreut. Auch die neuesten Forschungen im Quellengebiete der condictio haben an dieser Dreizahl bisher nichts zu ändern vermocht. Diese drei Konstruktionen aber lassen sich kurz dahin charakterisieren: die einen lassen die condictio aus einem Quasikontrakte entspringen. Die anderen lassen die condictio überall dort eintreten, wo dem Eigentümer sein Eigentumsanspruch ungerechtfertigterweise verloren gegangen ist. Die Dritten endlich führen sie auf den Grundsatz zurück, dafs niemand ohne Grund mit eines anderen Schaden sich solle bereichern dürfen.

---

[1] Sav.-Z. R.A. I S. 151.

§ 20. Die Quasikontraktstheorie.

Die zuvor an erster Stelle erwähnte Konstruktion kann kurz mit dem Namen der Quasikontraktstheorie bezeichnet werden. Ihr kommt heute fast nur mehr antiquarischer Wert zu. Sie kann daher mit wenigen Worten abgethan werden. Gegen diese Theorie, die unter den mittelalterlichen Juristen, doch auch noch unter den Rechtsgelehrten des ausgehenden achtzehnten und des beginnenden neunzehnten Jahrhunderts die vorzüglichste Anerkennung genofs, hat sich zunächst Erxleben[1] mit aller Macht gewandt. Baron[2] aber hat ihr durch die ihm zweifellos geglückte Aufdeckung des wahren Verhältnisses zwischen condictio und Quasikontrakt den Todesstofs versetzt. Ihren Grund hatte diese unzweifelhaft irrige Lehre wohl in jener Sabinisch-Julianischen Negotientheorie, die noch Wendt[3] mifsverstanden zu haben scheint. Wenigstens sind seine Ausführungen über das Verhältnis von Rechtssatz und Dogma auf dem Gebiete der condictio nur unter dieser Voraussetzung verständlich.

Pernice[4] hat darauf aufmerksam gemacht, dafs die römischen Juristen „niemals den allgemeinsten, abstraktesten Begriff des Rechtsgeschäftes als einer auf die Hervorbringung rechtlicher Veränderungen in der Verkehrswelt gerichteten Willensäufserung aufgestellt“ haben, dafs es ferner „selbst auf dem Gebiete des Obligationenrechtes“ „der klassischen Rechtswissenschaft niemals eingekommen“ ist, „die einseitigen Rechtsgeschäfte mit den wechselseitigen oder die formellen mit den sog. formlosen in einer allgemeinen Kategorie zu vereinigen“, und dafs endlich „das Wort negotium“ „jedenfalls diesen Sinn nicht“ hat. Schon darum also geht es nicht an, die vornehmlich von Julian vertretene Negotien-

---

[1] Die condictiones sine causa, I S. 14 ff.; II S. 55 ff.; vgl. auch Jacobi, Dogm. Jhrb. IV a. a. O. S. 284 ff., S. 288.

[2] Abh. 1 S. 35—39.

[3] Rechtssatz und Dogma, Dogm. Jhrb. XXII S. 314 ff.

[4] Labeo I S. 403 ff.

theorie dahin zu verstehen, dafs „ein stillschweigender oder auch fingierter Vertrag, gerichtet auf Restitution unter bestimmten Voraussetzungen als Fundament der condictio[1]" anzusehen sei, und die condictio nur dann Platz zu greifen habe, wenn solche Rückgabe unter den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist.

In jener falschen Auffassung der Negotientheorie, wonach die Kondiktionen „quasikontraktlich und rechtsgeschäftlich zuständig" werden sollen, ist nun offenbar auch Wendt befangen. Denn er steht nicht an, solche Auffassung den von Julian niedergelegten Lehrsätzen zu unterschieben. Gerade durch diese falsche, angeblich Julianische Auffassung von der Grundlage der Kondiktionen gelangt er zu der Behauptung[2], „dafs es sich bei der Lehre vom negotium contractum, wie es die Sabinianer und zuletzt Julianus in Fortsetzung alter Tradition zum Ausgangspunkte der Kondiktionen nahmen, in der That um ein irriges Dogma gehandelt hat". Auf diesem Wege kommt er auch zu dem weiteren Schlusse, dafs „dasselbe in seiner weiteren Anwendung zu unrichtigen Folgerungen führen müsse", und dafs dies bereits „die römischen Juristen" „erkannt" und „deswegen jenes Dogma aufgegeben" haben. Dagegen ist vorerst nur zu bemerken, dafs dieses Dogma in seinem rechten Verstande die Grundlage der condictio allezeit gebildet hat und auch in der Folge nicht verlassen worden ist.

Als richtiger Kern der Ausführungen von Wendt bleibt nur der Satz übrig, dafs die Quasikontraktstheorie in der That eine geeignete Grundlage der Kondiktionen nicht abzugeben vermag. Denn der Quasikontrakt genofs, wie bereits anderen Ortes hervorgehoben wurde, im römischen Rechtssysteme allezeit nur systematische Bedeutung. Er diente lediglich dazu, die Rechtserscheinungen, die sich den Denkfiguren des Kontraktes und des Deliktes nicht ohne weiteres unterordnen liefsen, in einem Begriffe zusammen-

---

[1] Witte, Die Bereicherungsklagen S. 41.

[2] l. c. S. 319.

zufassen. Damit sollten jedoch keineswegs gemeinsame positive Merkmale für die diesem Sammelbegriff eingeordneten Rechtsinstitute aufgestellt werden.

Sobald dies aber feststeht, mufs auch die Zurückführung der Kondiktionen auf die gemeinsame Wurzel des Quasikontraktes als ein fruchtloses Beginnen erscheinen. Nach Barons Ausführungen nun kann daran wohl nicht länger gezweifelt werden[1].

Nur ein anderer Name für dieselbe Sache aber ist es, wenn als Grundlage der condictio ein fingierter Vertrag angenommen wird. Auch in dieser Fassung spielte die Kontraktskonstruktion seiner Zeit eine grofse Rolle bei der Erklärung der condictiones sine causa. Mit der Verwerfung des Quasikontraktes als selbständigen Klagefundamentes mufs daher auch die Vorstellung fallen, „als ob die Begründung unserer obligatio auf einem fingierten oder auf einem stillschweigenden Vertrage beruhe[2]".

§ 21. Die Vindikationstheorie.

Nicht besser wie um die Quasikontraktstheorie steht es auch um jene Auffassung der condictiones sine causa, die in ihnen den obligatorischen Ersatz für die ungerechtfertigterweise verloren gegangene dingliche Eigentumsklage erblicken will. Sie kann als Vindikationstheorie bezeichnet werden. Sie findet ihren vollkommensten Ausdruck bei Koch[3], der die condictio definiert als die „der Vindikationsklage analoge persönliche Klage auf Herausgabe oder Erstattung einer bestimmten Sache oder einer Menge vertretbarer Sachen, die wegen Mangels der Unterscheidbarkeit oder überhaupt aus einem Grunde nicht vindiziert werden können". Diese Anschauung sieht in der condictio die Klage, mit deren

---

[1] Vgl. Bekker, Aktionen I S. 116; Pernice, Labeo III S. 219 n. 4.

[2] Brinz, Pand. II S. 507; vgl. Jacobi, Dogm. Jhrb. IV S. 296 f.

[3] Preufs. Priv.R. 2. Aufl. II S. 376.

Hilfe wir das verfolgen, „was von unserem Vermögen an andere gekommen ist“, „weil und wenn uns die Vindikation abhanden gekommen ist[1]“. Den prägnantesten Ausdruck für diese Lehre aber hat wie überall Savigny[2] gefunden, indem er sie kurz dahin zusammenfafst, dafs „überall also“ „die condictio als der Ersatz“ erscheint, „der anstatt der verlorenen Vindikation eintritt“.

Es wurde bereits früher angedeutet, auf welchem Wege man zu dieser Annahme gelangen konnte. In vielen Fällen nämlich lassen sich die Wirkungen des rechtsunwirksamen Geschäftes dadurch aufheben, dafs der Verletzte seinen noch zu Recht bestehenden Eigentumsanspruch geltend macht. Allein es konnte auch schon darauf hingewiesen werden, dafs die condictio in solchen Fällen der Rechtsunwirksamkeit nicht nur dann Platz greift, wenn ein anfänglicher Eigentumsanspruch erloschen ist. Vielmehr sind jene Kondiktionsfälle zumindest ebenso häufig, wo die condictio nicht an Stelle solches Eigentumsanspruches tritt, sondern von vornherein zuständig ist, weil ein Eigentumsanspruch überhaupt niemals vorlag. Insbesondere aber konnten Beweisstellen dafür herangezogen werden, dafs für die Zulässigkeit der condictio nicht die Eigentumsfrage, sondern lediglich die Natur des Geschäftes mafsgebend war[3]. Im Falle der Rechtsunwirksamkeit stand die condictio nicht dem Eigentümer, sondern dem verletzten Kontrahenten zu, mochte er auch niemals Eigentumsrechte an dem Klagegegenstande gehabt haben. Wären übrigens die Römer überhaupt „der Meinung gewesen, dafs der Eigentümer gegen jeden redlichen Besitzer“, auch nachdem „derselbe verzehrt oder veräufsert hatte, einen Anspruch auf die Herausgabe“ habe, so „hätte es einen aufserordentlich einfachen Weg gegeben, dieser Meinung Rechnung zu tragen. Sie brauchten blofs auszusprechen, dafs die Vin-

---

[1] Hesse, Über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen röm. R. 1868, S. 58.

[2] System V S. 515.

[3] l. 12 i. f., l. 13 pr. D. 12, 1; vgl. Baron, Abh. I S. 15.

dikation auch noch nach der Konsumtion" auf Herausgabe wenigstens der noch vorhandenen Bereicherung gehe. „Sie haben diesen Weg eingeschlagen bei der hereditatis petitio, sie haben die vindicatio zugelassen gegen den dolo desinens possidere". Sie haben die vindicatio dagegen nicht auf solche Haftung des redlichen Besitzers erstreckt, der konsumiert hat. Daraus ist aber mit Sicherheit zu schliefsen, dafs „die Römer, die immer den einfachsten Weg wählten", nicht von der Anschauung ausgingen, als ob die condictio die vindicatio zu ersetzen bestimmt wäre[1]. Die Stellen[2], die zur Unterstützung der Vindikationstheorie regelmäfsig herangezogen werden, sagen denn auch nicht mehr, als dafs im Falle der Rechtsunwirksamkeit eines Geschäftes die auf Grund solches Geschäftes vollzogene Leistung mit der Vindikation zurückgefordert werden könne, wenn ein Eigentumsanspruch des Verletzten an der hingegebenen Sache noch zu Recht besteht, dagegen mit der condictio, wenn ein solcher nicht mehr oder überhaupt niemals in Frage stand[3].

§ 22. Die Bereicherungstheorie.

In ungleich festerem Boden wurzelt dagegen jene Theorie, die das bonum und aequum zum Ausgangspunkte der Kondiktionen erkoren hat und darin die Schutzwehr dagegen findet, dafs sich jemand ohne Grund mit dem Schaden eines anderen bereichere. Sie kann kurz als Bereicherungstheorie bezeichnet werden. Soll daher auch diese Lehre in ihren Grundvesten erschüttert werden, so wird sich vielleicht als der geeignetste Angriffspunkt der Umstand erweisen, dafs die Anhänger dieser Theorie das Anwendungsgebiet des als Ausgangspunkt dienenden Rechtssatzes immer mehr und mehr einzuengen sich bemüfsigt sehen.

---

[1] Vgl. Bolze, Einige Quellenstellen zur Lehre von den Kondiktionen, Archiv für die civ. Prax. 79. Bd. S. 200 ff.

[2] l. 11 § 2 D. 12, 1; l. 29 D. 12, 6; § 2 Inst. 2, 8 u. a. m.

[3] Vgl. Jhering, Dogm. Jhrb. XVI a. a. O. S. 274 ff.

Die ausgedehnteste Anwendung fand diese Lehrmeinung noch durch Wilhelm Sell[1]. Dieser ging von der Anschauung aus, dafs der Grundsatz, niemand solle sich mit des Anderen Schaden bereichern dürfen, „mehr Ausdehnung und Allgemeinheit im römischen Rechte behauptet, als ihm gewöhnlich beigemessen wird.“ Er findet die Grenzen der Anwendbarkeit dieses Grundsatzes darin, dafs er einerseits nicht anwendbar ist, wo ein Rechtsgeschäft vorliegt, weil dann immer ein besonderer Grund für die Rechtserwerbung und Verpflichtung vorhanden ist, dagegen überall dort, wo entweder gar kein Rechtsgeschäft stattgefunden hat oder dieses wegen irgend eines Mangels ungültig ist, oder wo eine Verpflichtung jenseits der Grenzen eines Rechtsgeschäftes vorliegt[2].

Unleugbar fehlt es dieser Grenzbestimmung an der notwendigen Sicherheit und Schärfe. Dieser Mangel wird auch alsbald von Sell zu erschreckender Klarheit gebracht; denn er führt in bunter Reihe negotiorum gestio, in rem versio, die verschiedenen condictiones sine causa, zahlreiche Fälle von actiones in factum, die Schenkung, die Ersatzpflicht nach der lex Rhodia de iactu als Produkte dieses Rechtssatzes auf[3]. Es kann daher nicht wunder nehmen, wenn er schliefslich zu dem Ergebnisse gelangt: „Der Grundsatz, dafs niemand mit oder aus dem Nachteile eines Anderen sich bereichern solle, ist nach römischem Recht ein völlig allgemeiner, durch das ganze Rechtssystem durchgehender. Er ist darum nicht blofs auf die Fälle zu beziehen, für welche sich in den Gesetzen eine ausdrückliche Anwendung findet, sondern ebenso auch auf diejenigen Fälle, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich angeführt sind, wenn nur der Grund selbst, nämlich die Bereicherung mit oder aus dem Nachteil eines Anderen wirklich vorhanden ist[4]“.

---

[1] Versuche im Gebiet des Civilr. I. Über den Grundsatz des röm. R., dafs niemand etc. Giefsen 1833.

[2] l. c. S. 2.

[3] l. c. S. 31 ff.

[4] l. c. S. 116 ff.

Nun wird man in dem zum Überdrusse wiederholten Satze: natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem kaum mehr als ein Moralprincip entdecken können, wenn er auch für die Ausgestaltung der Rechtsordnung von gewissem Einflufs werden sollte. Darauf deutet wenigstens die Zurückführung dieses Satzes auf das Naturrecht hin, wenn anders die Vermutung zutreffend sein soll, dafs auch den Römern das Naturrecht nicht als positive Rechtsquelle galt, sondern dafs solche Bedeutung nur dem ius civile und ius honorarium zukam [1]. Man hat daher dieser mehr als vagen Verallgemeinerung einer gelegentlich ausgesprochenen Sentenz mit Recht entgegengehalten, dafs angesichts solcher Plattheit nichts im Wege stünde, jede Klage, möge sie auf welcher Grundlage immer aufgebaut sein, aus diesem Grundsatze hervorgehen zu lassen [2]. Es wurde bereits im Laufe der Erörterungen über den Begriff der Bereicherung darauf hingewiesen, dafs in der That das gesamte Rechtssystem letztlich auf diesen Ausgangspunkt zurückzuführen sei. Allein um so gewisser ist es auch, dafs nicht einzelne Rechtssätze nur auf dieser causa remotissima, wenn man so sagen dürfte, beruhen können. Vielmehr kann nur zugegeben werden, dafs jener Satz nichts enthalte, „als eine Anforderung der Billigkeit, die zwar bei der Entwicklung der verschiedensten Rechtsinstitute von dem gröfsten Einflusse gewesen“, „selbst aber in ihrer Allgemeinheit, die sie mit dem bekannten praeceptum iuris: „suum cuique tribuere“ so ziemlich auf eine Stufe stellt, als unmittelbarer Rechtssatz nicht angesehen werden könne [3]“. Um so weniger aber kann diesem Rechtssatze unmittelbare Geltung zugestanden werden, als es wohl „vom Standpunkte des Verlierenden als unbillig erscheinen“ kann, „dafs ihm ein Teil seines Vermögens wider seinen Willen ohne Ersatz entzogen werde,

---

[1] Wlassak, Kritische Studien, 1884, S. 45 ff.

[2] Vgl. Erxleben, cond. I S. V.

[3] Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, 1859, S. V.

gleichzeitig aber nicht minder ungerechtfertigt sein kann, den Gewinnenden zur Herausgabe des erworbenen Vermögenszuwachses zu zwingen[1]".

Wunder nehmen mufs es in Anbetracht dieser Erkenntnis nur, dafs dieselben Forscher, die diese Schwächen der Sellschen Auffassung richtig zu würdigen wufsten, dabei beharrten, in der condictio die Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung zu erblicken. So lehrt Savigny, der doch als Erster darauf hingewiesen hat, dafs diese Regel „so allgemeiner und unbestimmter Natur" sei, „dafs sie eine unmittelbare Anwendung auf die Beurteilung praktischer Rechtsfragen gar nicht zuläfst[2]", trotzdem, dafs die Kondiktionen dazu dienen, „jede zufällige grundlose Bereicherung aus fremdem Vermögen anzufechten[3]". Derselbe Gedanke erscheint nur in andere Form gegossen, wenn Witte[4] die Kondiktionen als „Klagen auf Herausgabe derjenigen Vermögenszuwendungen, die eines Rechtsgrundes entbehren", charakterisiert und sich hierbei auf die Ausführung Erxlebens[5] stützt, wonach die condictiones zwar „nicht als unmittelbarer Ausflufs des Billigkeitssatzes aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem angesehen werden können", aber „die im positiven römischen Rechte anerkannten Rechtsansprüche, insofern dabei der Bereicherungsbegriff irgend berücksichtigt wird[6]", immerhin dennoch auf blofse Billigkeitsrücksichten zurückzuführen sind.

Ein allgemeiner Vorwurf nun, der dieser Bereicherungstheorie gemacht werden kann, ist der der vollkommenen Unbestimmtheit ihrer Anwendungssphäre. Diese Unsicherheit wird eine um so gröfsere, je mehr die Anschauung zum Durchbruche gelangt, dafs der Grundsatz: „Niemand soll sich mit des Andern Schaden bereichern" eine geeignete

---

1 Witte, l. c. S. VII.
2 System III. S. 451.
3 Obl.-R. I S. 64.
4 l. c. S. 42.
5 cond. I. S. VI.
6 Jacobi, Dogm. Jhrb. IV S. 162.

Grundlage für die condictio nicht abzugeben vermag. Denn läfst man diesen Grundsatz fallen, um trotzdem an der Bereicherung als Grundlage der condictio festzuhalten, so fehlt es an jeder Basis für die Frage nach der Zulässigkeit der condictio im einzelnen Falle, und man ist gezwungen, seine Zuflucht zu noch viel haltloseren Billigkeitsrücksichten zu nehmen[1], die überdies die Vorfrage offen lassen, ob es jeweils der Billigkeit entsprechender ist, sich auf die Seite des Beschädigten oder auf die Seite des Bevorteilten zu stellen.

Allein nicht genug mit diesen allgemeinen Bedenken, die darin ihren Grund haben, dafs es von diesem Standpunkte aus an den notwendigen Anhaltspunkten ermangelt, um die mit der condictio wettzumachenden Bereicherungsfälle von den auf andere Weise zu ahndenden zu scheiden und um die Grenzen zu finden, über die hinaus ein Schutz gegen Vermögensverlust auf der einen und Vermögensvermehrung auf der anderen Seite überhaupt nicht mehr zu gewähren ist, sprechen gegen die Auffassung der condictio als einer Bereicherungsklage auch noch schwerwiegende, in den Quellen unzweifelhaft begründete, specielle Bedenken.

Eine Bereicherungsklage im eigentlichen Sinne wäre nach der eingangs gewonnenen Begriffsbestimmung nur eine solche, die aus der Bereicherung und nur aus dieser entspringend auf Herausgabe dieser Bereicherung und immer auf Herausgabe nur dieser gerichtet wäre. Keines von beiden Momenten trifft nun bei der condictio zu. Es steht jedenfalls fest, dafs die Kontraktscondictio, d. h. die condictio aus den Darlehens- und anderen Verträgen eine Bereicherungsklage nicht ist, sondern sich in nichts von den übrigen Kontraktsklagen unterscheidet, insofern sie wie diese aus einem Vertrage entspringt und regelmäfsig auf die volle Vertragsleistung gerichtet ist. Nun ist aber die condictio formell nur eine, es gibt nicht verschiedene Kondiktionen, sondern nur verschiedene Funktionen ein und derselben condictio. In diesem Sinne wäre es daher jedenfalls unrichtig, die con-

---

[1] Vgl. Windscheid, Krit. Vierteljahrsschr. I a. a. O. S. 117, 120.

dictio mit der Vorstellung einer allgemeinen Bereicherungsklage zu identifizieren. Nur die Möglichkeit wäre denkbar, daſs die condictio unter gewissen Voraussetzungen zur Bereicherungsklage wird. Nur an die Fälle der sogenannten condictiones sine causa pflegt wohl auch gedacht zu werden, wenn gesagt wird, die condictio sei eine Bereicherungsklage.

Jedoch auch diese Fälle der sogenannten condictiones sine causa entbehren der einheitlichen Struktur. Es ist dabei nicht zu denken an die verschiedenen Erscheinungsformen dieser Spielart der condictio in Gestalt der condictio indebiti, sine causa etc., sondern es soll damit gesagt werden, daſs auch wieder jede einzelne dieser der causa in dem oder jenem Sinne ermangelnden Kondiktionen der Ausdruck der verschiedenartigsten und doch auch nur ganz bestimmter Rechtsverhältnisse sein kann, deren gemeinsamer Berührungspunkt keineswegs in der grundlosen Bereicherung, sondern in wesentlich anderen Umständen zu suchen ist: die condictiones sine causa entspringen immer nur aus einem Rechtsgeschäfte, oder richtiger gesprochen, die Kondiktionen kommen immer nur aus Anlaſs eines Rechtsgeschäftes zur Entstehung. Die eigentliche, zufällige Bereicherung liegt abseits vom Anwendungsgebiete der condictio. Die condictio ist Rückforderungsklage für die auf Grund eines rechtsunwirksamen Geschäftes erfolgte Leistung. Die condictio ist nicht Bereicherungsklage. Der Beweis hierfür läſst sich in doppelter Richtung erbringen. Die condictio tritt nämlich einerseits nirgends besonders in den Vordergrund, wo von der Bereicherung gesprochen wird, während andrerseits gerade in den Fällen eigentlicher Bereicherung von der condictio Abstand genommen scheint.

Wo die Quellen von der Bereicherung im besonderen zu sprechen Anlaſs finden, bedienen sie sich der verschiedenartigsten Wendungen wie locupletem fieri u. a. m. Es ist nun jedenfalls bemerkenswert, daſs dort, wo die Bereicherung an sich zum Gegenstande meritorischer Erörterungen gemacht ist, dies regelmäſsig völlig unabhängig von der con-

dictio geschieht[1]. Die Bereicherung erscheint nirgends in den Quellen als etwas dem Kondiktionenthatbestande Eigentümliches. Auch ist die condictio nirgends als der Ausflufs eines solchen Thatbestandes im Gegensatze zu anderen klagbaren Rechtsverhältnissen besonders gekennzeichnet. Vielmehr konnte bereits früher darauf hingewiesen werden, dafs wenigstens die Bereicherung als Klagegegenstand etwas allen oder doch einer grofsen Zahl von Klagen Gemeinsames war.

Es können aber auch Bereicherungsthatbestände im Sinne von Ansprüchen aus der Bereicherung in den Quellen aufgezeigt werden, wo unter ausdrücklicher Ablehnung der condictio eine andere Klage gewährt wird[2]. Diese andere Klage ist meist eine utilis actio. Daraus kann nur ersehen werden, dafs das römische Recht ein selbständiges, den Bereicherungsansprüchen dienendes allgemeines Rechtsmittel nicht kannte, dafs man daher zu Fiktionen und Analogien seine Zuflucht zu nehmen gezwungen war. Allein wie sich daraus ergiebt, dafs die condictio wenigstens nicht grundsätzlich Bereicherungsklage ist, so wäre es auch unrichtig, der actio utilis oder actio in factum den Charakter der Bereicherungsklage zu vindizieren. Denn solche Klageformen sind „einer sehr grofsen Zahl der verschiedensten Klagerechte gemeinsam“ und deuten „nur überhaupt deren prätorischen Ursprung“[3] an.

Ein weiteres Argument dagegen, in der condictio die Bereicherungsklage zu erblicken, bildet das Institut der in integrum restitutio. Deren Wesen liegt in der „Herstellung eines früheren Rechtszustandes, gegründet auf den Gegensatz der Billigkeit zum strengen Rechte und bewirkt durch die ein wirklich vorhandenes Recht mit Bewufstsein abändernde

---

[1] l. 18 D. 4, 2 u. a. m.

[2] l. 3 D. 12, 6 u. a. m., vgl. Koch, preufs. Priv.R. II § 642; Heimbach, Weiskes Rechtslexikon S. 927; Bolze, Archiv für die civ. Pr. 78. Bd. S. 423.

[3] Jacobi, Dogm. Jhrb. IV S. 181.

prätorische Macht[1]". Es wird nun zwar auch hier nicht die Bereicherung eines Anderen auf Kosten des Imploranten als der eigentliche Restitutionsgrund angesehen, vielmehr wird als solcher nur die Abwesenheit, der Irrtum u. s. w. bezeichnet[2]. Immerhin ist aber der eigentlich wirksame Grund, der die Gewährung dieser aufserordentlichen Rechtshilfe erzeugt, die aequitas. Die in integrum restitutio kann demnach in gewissem Sinne als das aufserordentliche Rechtsmittel gelten, das in genau und eng umschriebenen Grenzen der Bereicherung einen Damm entgegenzusetzen bestimmt ist, die zwar nicht vom strengrechtlichen aber doch vom Billigkeitsstandpunkte als ungerechtfertigt bezeichnet werden müfste. Bedurfte es aber zu diesem Zwecke eines aufserordentlichen Eingreifens des Prätors, so ist dies nur unter der Voraussetzung erklärlich, dafs es an einer allgemeinen und ordentlichen Bereicherungsklage fehlte, dafs daher auch die condictio nicht regelmäfsig und ausschliefslich diesem Zwecke dienen konnte.

Gegen die Annahme einer allgemeinen Bereicherungsklage aber lassen sich im römischen Rechte noch mancherlei Gründe anführen. Es sei diesbezüglich auf den Mangel eines regelmäfsigen Regrefsrechtes zwischen Korrealschuldnern verwiesen, das vom Standpunkte der Bereicherung in jedem Falle begründet sein müfste, während es thatsächlich „immer nur auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses als actio pro socio oder mandati" Platz greift[3]. Ebenso konnte bereits andern Ortes auf die eigentümliche Erscheinung der Retentionsansprüche hingewiesen werden. Auch diese berechtigen, falls die Retention verabsäumt wurde, nur in den seltensten Fällen zur Rückforderung, die aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung allemal zustehen müfste. Diese Beispiele liefsen sich noch reichlich vermehren[4]. Allein sie

---

[1] Savigny, System VII S. 96.

[2] Vgl. Jacobi, l. c. S. 195 f.; S. 279.

[3] Vgl. Savigny, Obl.-R. I S. 229 ff.; Jacobi, Dogm. Jhrb. IV S. 192 u. die dort n. 38 Citierten.

[4] Vgl. Jacobi l. c. S. 191 ff.

dürften genügen, um die Existenz einer allgemeinen Bereicherungsklage im römischen Rechte fraglich zu machen. Sicherlich aber kam solche Funktion der condictio nicht zu. Die condictio ist bisweilen hinsichtlich ihres Gegenstandes auf die Bereicherung beschränkt. Aber sie hat niemals ihren Grund in der Bereicherung, diese im Sinne der zufälligen Vermögensvermehrung genommen, „die nicht durch absichtlich darauf gerichtete Handlung des Bereicherten bewirkt[1]" wird. Der Beweis soll vorerst auf empirischem Wege erbracht werden, um nachher ein analoges Ergebnis aus dem prozessualen Charakter der condictio zu gewinnen.

Pfersche[2] hat in Anlehnung an Witte die möglichen Fälle zufälliger Bereicherung in einem Schema erschöpfend zur Darstellung gebracht. Er unterscheidet die zufällige Bereicherung von der mit Willen des Verlierenden, während der eingangs aufgestellte Bereicherungsbegriff von vornherein jene zweite Gruppe ausscheidet, weil sie nicht so sehr eine besondere und selbständige Rechtserscheinung, sondern nur eine Modifikation dieses oder jenes Rechtsgeschäftes darstellt. Im Sinne dieses Bereicherungsbegriffes sind daher zufällige Bereicherung und Bereicherung überhaupt identische Begriffe. Die Fälle solcher Bereicherung aber sind:

1. Erwerb durch gutgläubige, d. h. ohne Bewufstsein der Widerrechtlichkeit vorgenommene Handlungen:
   a) Verwertung fremder Sachen, wodurch das bisherige Eigentum zerstört wird.
   b) Besitzerwerb.

2. Erwerb durch Handlungen des Verlierenden ohne Veräufserungsabsicht.
   a) Verwendungen auf fremde Sachen.
   b) Verwendungen auf sonstige fremde Angelegenheiten.

3. Erwerb ohne Zuthun der Beteiligten,
   a) überhaupt ohne menschliches Zuthun,
   b) durch Handlungen Dritter.

---

[1] Vgl. Pfersche, Die Bereicherungsklagen S. 52.

[2] l. c. S. 53.

Die condictio ist nun jedenfalls nicht überhaupt nur Bereicherungsklage. Zum Beweise hierfür genügt der Hinweis auf jene Fälle der condictio, wo sie aus den Verträgen des strengen Rechtes zuständig ist. Doch auch die Frage, ob die condictio wenigstens in den Formen der condictiones sine causa Bereicherungsklage in dem Sinne ist, dafs sie aus der Bereicherung entspringt und nur auf Herausgabe der Bereicherung gerichtet ist, wird zuletzt davon abhängen, ob sie in einem der vorgenannten Fälle regelmäfsig Platz zu greifen hat.

Für die erste Eventualität nun, die Verwertung fremder Sachen unter Zerstörung des bisherigen Eigentums, kommt Pfersche[1] selbst zu einem negativen Ergebnisse. Aus solchen Thatbeständen entspringt niemals ein mit condictio verfolgbarer Rechtsanspruch. Vielmehr ist in den Quellen nur für einen besonderen Fall die selbständige actio de tigno iuncto gewährt[2]. In einigen anderen Fällen ist eine actio in factum[3] oder die unter dem Namen der utilis vindicatio schon bekannte actio utilis eingeräumt. In allen anderen Fällen, insbesondere bei Usukapion, Konsumtion und Vermischung von fremdem Gelde steht dem Eigentümer eine obligatorische Ersatzklage grundsätzlich nicht zu Gebote. Diese Erscheinung aber macht fürs erste deutlich, dafs es den Römern überhaupt an einer festen Vorstellung und Regel für die ungerechtfertigte Bereicherung gebrach. Sie läfst aber auch keinen Zweifel darüber, dafs den Römern nichts ferner lag, als in der condictio sine causa den Ersatz der Vindikation zu erblicken[4]. Denn wenn in verwandten Fällen eine condictio gewährt wird, so steht sie nicht dem Eigentümer als solchem, sondern dem Geber ohne Rücksicht auf die Eigentumsfrage zu[5]. Dem aber, der sein Eigentum durch Specifikation ein-

[1] l. c. S. 54 ff.
[2] § 29 Inst. 2, 1; l. 7 § 10 D. 41, 1; l. 98, i. f. D. 46, 3; l. 1 D. 47, 3.
[3] l. 5 § 3 D. 6, 1; l. 23 § 5 eod.; l. 9 § 2 D. 41, 1.
[4] Vgl. Jhering, Dogm. Jhrb. XVI S. 274 ff.
[5] l. 13 pr. D. 39, 6.

gebüfst hat, ist eine condictio ausdrücklich nur gegen den, qui subripuit[1], anderen Ortes[2] gegen den fur und einige andere Besitzer eingeräumt. Auch in diesem Falle kann daher nicht daran gedacht werden, die condictio als Bereicherungs- oder obligatorische Eigentumsverfolgungsklage überhaupt anzusehen. Vielmehr verleiht ihr auch hier nur der besondere deliktische Thatbestand ihre Berechtigung.

Mit wenigen Worten läfst sich heute auch der zweitangeführte Fall abthun, die Bereicherung durch Besitzerwerb. Von dem normalen Falle der condictio furtiva abgesehen, bei dem man sich bewufst darüber hinwegsetzte, dafs *nicht* res ipsa, sondern im Grunde genommen nur die possessio den Klagegegenstand bildete. da nur letztere in der Regel dem Eigentümer durch das furtum abhanden gekommen war, blieb die possessio, die das Kainsmal der Unbestimmtheit an sich trug, im klassischen Rechte aus dem Kreise der Kondiktionsgegenstände ausgeschlossen. Es wäre daher zumindest unangebracht, über die Frage ein Wort zu verlieren, ob die Bereicherung durch zufälligen Besitzerwerb Grund und Gegenstand der klassischen condictio abgeben konnte. Ihre Verneinung ist ja im Wesen der condictio selbst begründet. Eine andere Frage freilich ist es, ob durch die Einführung der condictio possessionis in das Kondiktionensystem von Justinian in das bisherige Prinzip Bresche geschlagen und die Bereicherung nunmehr zur Grundlage der condictio gemacht worden sei. Dies zu untersuchen wird geeigneteren Ortes Gelegenheit sein. Doch liegt schon jetzt die Vermutung nahe, dafs diese condictio possessionis Justinians nur analogen Fällen der condictio certi an die Seite zu treten bestimmt war und nur die Anwendung dieser auf die bisherigen Fälle erleichtern und erweitern, nicht neue Anwendungsfälle schaffen sollte. Jedenfalls aber ist für das klassische Recht auch dieser Fall der Bereicherung aus dem Herrschaftsgebiete der condictio auszuscheiden.

---

[1] Gaius 2, 79.
[2] § 26 Inst. 2, 1.

Was ferner die beiden Gruppen der Verwendungen auf fremde Sachen und Angelegenheiten anbetrifft, so konnten sie bereits früher als Retentionsansprüche den Kondiktionsthatbeständen gegenüber gestellt werden. Für diese Fälle kann im römischen Rechte ohne weiteres dem Satze zugestimmt werden, dafs zwar, „wer in fremde Angelegenheiten ohne die Absicht der Geschäftsführung eingreift", „gegen den Geschäftsherrn einen Anspruch auf Herausgabe der Vorteile hat", „welche demselben durch das Eingreifen zugegangen sind", dafs jedoch „der Besitzer einer fremden Sache diesen Anspruch nur durch Einrede geltend machen kann" [1].

Es bedarf daher um so weniger einer weiteren Beweisführung dafür, dafs auch diese Ansprüche regelmäfsig nicht der condictio zugänglich waren, als dieser Satz ziemlich allgemeiner Anerkennung sich erfreut [2]. An diesem Ergebnisse vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dafs in einigen wenigen Fällen eine condictio zur Rückforderung von Impensen gewährt ist, denn in diesen in anderem Zusammenhange bereits erörterten Stellen [3] steht „der Ersatz von Verwendungen nicht aus blofsem Besitz, sondern aus einem obligatorischen Verhältnis" [4] in Frage.

Es erübrigt daher für die condictio nur mehr die letztlich aufgeführte Gruppe von Bereicherungsfällen, Erwerb ohne Zuthun eines Beteiligten. Für den ersten hierher gehörigen Fall, für die zufällige Bereicherung ohne menschliches Zuthun überhaupt lassen sich in den Quellen nur zwei Stellen ausfindig machen. In der einen [5] davon wird nun allerdings die condictio gewährt. Sie betrifft die Alluvio und sagt: ea quae vi fluminum importata sunt condici possunt. Allein schon die Glosse bemerkt hierzu: a furibus vel m. f. pos-

[1] Pfersche, l. c. S. 84.

[2] Vgl. Windscheid Pand. II § 431 n. 18; Zimmermann, echte und unechte neg. gest. S. 67 f.; S. 83 f. u. a. m.

[3] l 5 § 2 D. 25, 1; l. 40 § 1 D. 12, 6; l. 60 De leg. I.

[4] Pfersche, l. c. S. 85.

[5] l. 4 § 2 D. 12, 1.

sessoribus. Dieser Anschauung ist auch Bekker[1] beigetreten. Ebenso wird sie von Brinz[2] mit Eifer verfochten. Zuletzt hat sie noch Trampedach[3] vertreten. Es ist daher mehr als wahrscheinlich, dafs auch dieser Fall der condictio nicht so sehr in der Bereicherung an sich fufst als vielmehr in der widerrechtlichen Aneignung durch einen bösgläubigen Besitzer. Auch diese condictio ist nicht Bereicherungsklage, sondern condictio furtiva. Das andere in Betracht kommende Quellenbeispiel[4] aber liefert von vornherein ein negatives Resultat, denn hier wird lediglich eine actio in factum gewährt, dies noch dazu mit dem ausdrücklichen Hinweise, dafs aus solcher Ereignung non occurrere legitimam actionem.

Was aber die Fälle betrifft, wo jemand aus dem Vermögen eines Anderen durch die Handlung eines Dritten einen Vorteil erhält, „so führen sie“, meint Pfersche, „nur ausnahmsweise zu einem Anspruch, welcher als Bereicherungsanspruch angesehen werden kann“. Durch solches Eingreifen eines Dritten wird vielmehr regelmäfsig nur dieser Dritte selbst verantwortlich, und falls der Vorteil aus dem Vermögen des Dritten in ein anderes übergegangen ist, steht in der Regel wiederum nur dem Dritten selbst, nicht unmittelbar dem Verlierenden, ein Ersatzanspruch gegen diesen Empfänger zu[5].

Ist die Regel heutzutage unbestritten, so kann es sich nur darum handeln, den Umfang der Ausnahmen festzustellen. Sieht man nun von den Fällen gewisser Deliktsklagen ab, wie der actio quod metus causa u. a. m., die unter Umständen direkt gegen einen Dritten angestellt werden, was aber nicht so sehr in einer Bereicherung dieses Dritten als vielmehr in der deliktischen Natur dieser Klagen seinen

---

[1] Aktionen I S. 105 n. 16, vgl. Pernice, Labeo I S. 313 n. 10.

[2] Pand. II S. 509 n. 23; S. 524 n. 12.

[3] Sav.-Z. R.A. XVII S. 109 f.; ebenso Pflüger, Sav.-Z. R.A. XVIII S. 113.

[4] l. 14 § 3 D. 19, 5; vgl. l. 9 § 1 D. 39, 2.

[5] Vgl. Pfersche l. c. S. 88; Witte l. c. S. 255 ff.

Grund hat, und sieht man ebenso von den Fällen ab, wo die unmittelbare Richtung gegen einen Dritten sich unter den Gesichtspunkt der Klagecession bringen läfst[1], so erübrigen nur die bekannten Fälle, wo Ansprüche aus einem Rechtsgeschäfte mit dem Vertreter, dem Gewaltunterworfenen oder dem Erblasser gegenüber dem Vertretenen, dem Gewalthaber oder dem Erben auf die Bereicherung beschränkt erscheinen. Allein es mufs zugegeben werden, dafs auch in diesen Fällen, wovon übrigens nur die wenigsten als Kondiktionsansprüche sich darstellen, nicht die zufällige Bereicherung des Beklagten den eigentlichen und ursprünglichen Klagegrund abgiebt, sondern dafs hier überall nur unter Fortwirkung des ursprünglich gegenüber dem Erstverpflichteten vorhandenen Verpflichtungsgrundes aus Erwägungen der Billigkeit eine Haftungsgrenze für den an seine Stelle tretenden Verpflichteten beabsichtigt ist, dafs die Beschränkung auf die Bereicherung nicht einer Änderung des Klagegrundes, sondern lediglich einer Herabminderung des Klagegegenstandes, einer Taxationsgrenze gleichkommt.

Sind aber die erörterten Möglichkeiten die einzigen und alle, unter denen eine zufällige Bereicherung, eine Bereicherung im eigentlichen Sinne des Wortes, denkbar ist, und hat sich gleichzeitig ergeben, dafs die Quellen in keinem dieser Fälle eine condictio gewähren, so scheint damit vollkommen glaubhaft gemacht, dafs die condictio Bereicherungsklage in dem herkömmlichen Sinne nicht war.

Gegen diese Annahme kann es nun auch nicht viel verschlagen, dafs die condictio bisweilen auf die Billigkeit überhaupt oder auf den Billigkeitssatz insbesondere zurückgeführt erscheint: niemand dürfe sich mit eines Anderen Schaden bereichern. Pernice[2] führt eine lange Reihe solcher Stellen auf. Bei näherer Betrachtung schmelzen sie aber auf ein sehr bescheidenes Mafs zusammen. Die wichtigsten davon sind

---

[1] Pfersche l. c. S. 88 ff.

[2] Labeo I S. 419; III. S. 216 n. 1 u. 2; S. 218 n. 6; S. 219 n. 1; vgl. auch Bekker, Aktionen I S. 116 n. 19 ff.

wohl l. 23 D. 12, 1 und l. 49 D. 3, 5. Sie sollen daher einer gesonderten Schlufsbetrachtung vorbehalten bleiben. Zwei weitere, hierher gezogene Stellen[1] dagegen sprechen, ohne der condictio auch nur mit einer Silbe zu gedenken, ausdrücklich blofs von einer utilis actio. Für eine andere Stelle[2] wurde schon früher der Nachweis zu erbringen versucht, dafs sie ursprünglich überhaupt nicht von der condictio gehandelt habe. Sollte dies aber selbst der Fall gewesen sein, so läge doch nur eine condictio furtiva vor, die nach dem Muster der Deliktsklagen gegen Dritte auf die Bereicherung beschränkt ist. Zumindest zweifelhaft ist es auch, ob das „succurri" einer anderen Stelle[3] auf eine condictio und nicht vielleicht auf die in integrum restitutio zu beziehen ist. Falls aber eine condictio gemeint sein sollte, spricht die Analogie des Thatbestandes mit jenem der l. 2 § 1 D. 12, 6 jedenfalls für eine condictio indebiti, die in diesem Falle nur etwas abweichend begründet erscheint. In l. 8 § 22 D. 2, 15 die Worte si . . . locuptetior factus sit . . . als die eigentliche Klagebegründung anzusehen, liegt ebenfalls kein Grund vor, denn Ulpian bezeichnet als solche anderen Ortes[4] ausdrücklich den Umstand: quia transactio senatus consulto infirmatur. Desgleichen können auch jene Stellen[5], wo die condictio auf Grund einer Schenkung zwischen Ehegatten gewährt wird, nicht dafür ins Treffen geführt werden, dafs die widerrechtliche Bereicherung den Ausgangspunkt der condictio gebildet habe, denn auch in diesen Fällen wird die Bereicherung in erster Linie nur als Kondemnationsmafsstab angeführt, der Klagegrund aber in der Widerrechtlichkeit des Schenkungsgeschäftes erblickt. Den besten Beweis hierfür liefert die Nebeneinanderstellung von condictio und vindicatio[6]. Müfste doch sonst auch die Vindi-

[1] l. 12 § 1 D. 20, 5; l. 3 D. 12, 6.
[2] l. 3 § 12 D. 15, 1.
[3] l. 26 D. 5, 2.
[4] l. 23 § 2 D. 12. 6.
[5] l. 7 § 7, l. 33 § 1, l. 58 § 2 D. 24, 1
[6] l. 33 § 1 cit.

kation in diesen Fällen als Bereicherungsklage angesehen werden. Ebenso liegt auch in den noch erübrigenden Fällen der condictio ein negotium zu Grunde, sei es nun eine Kautionsleistung[1] oder eine Kollation[2], ein Geschäftsabschlufs sine auctoritate tutoris[3] oder eine Erfüllung[4], die sich nachträglich als unbegründet erwiesen haben. Auch dem von Pernice[5] herangezogenen Ausspruche Marcians[6] kann solche auf eine allgemeine Funktion der condictio als Bereicherungsklage hinweisende Bedeutung nicht beigemessen werden, denn seine Worte: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident klingen einmal verdächtig, weil sie die altcivile condictio auf das ius gentium stützen wollen. Selbst wenn sie aber echt sind, bilden sie nur eine Umschreibung der condictio furtiva. Denn nur diese kann gemeint sein, wenn dem von der Gattin bestohlenen Manne die condictio auf res ipsas gewährt wird. Daher ist auch der Vergleich dieser Stelle mit einer anderen von Celsus herrührenden[7] ein hinkender. Denn dort ist von einer condictio indebiti die Rede, die nicht selbst auf das ius gentium sich stützt, sondern die nur zur Rückforderung einer Nichtschuld bestimmt ist, die auch nach dem ius gentium als solche angesehen werden mufs. Ebensowenig beweisen aber die von Brinz[8] hierher gezogenen Stellen[9]. Ist die von ihnen gewährte condictio doch schon von der Glosse[10] als furtiva angesehen worden. Ist demnach thatsächlich in all diesen Stellen die condictio nirgends auf

---

[1] l. 3 § 5 D. 37, 6.
[2] l. 13 D. 12, 4.
[3] l. 19 § 1 D. 12, 1.
[4] l. 34 D. 12, 6; l. 50 D. 23, 3.
[5] Labeo III S. 219.
[6] l. 25 D. 25, 2.
[7] l. 47 D. 12, 6.
[8] Pand. II S. 511 n. 7.
[9] l. 4 § 2 D. 10, 1; l. 22 § 2 D. 13, 7; l. 55 i. f. D. 12, 6; l. 3 C. 4, 9.
[10] gl. solent ad l. 55 cit.

die Bereicherung an sich zurückgeführt, so vermag daran auch der Umstand nichts zu ändern, dafs der Satz: natura aequum est neminem u. s. w. von den Kompilatoren gerade in den Titel von der condictio indebiti hineingestellt ist[1]. Denn es ist, abgesehen von allen anderen Gründen, immerhin fraglich, ob er von seinem Autor gerade in diesem Zusammenhange gedacht war. Doch selbst wenn dem so wäre, würde der übrige Stand der Kondiktionenlehre nur um so deutlicher zeigen, dafs auch in diesem Gebiete diesem Satze allein und an sich nicht die Kraft innewohnte, eine selbständige Klage zu erzeugen. Ähnliches aber gilt von dem anderen Satze[2]: Haec condictio ex bono et aequo introducta... Welche Bewandtnis es mit dem Einflusse der aequitas auf die condictio hatte, wurde bereits in anderem Zusammenhange erörtert. Dort wurde betont, dafs es in erster Linie wohl der aequitas zu danken war, wenn die anfänglich auf wenige Thatbestände beschränkte condictio allmählich auf jene der sog. condictiones sine causa Anwendung fand. Nicht mehr Bedeutung kommt schliefslich auch dem Umstande zu, dafs die condictio bisweilen in Parallele gesetzt wird zu der exceptio doli. Denn auch dies geschieht nur dort, wo ein Thatbestand rechtsgeschäftlicher Natur zu Grunde liegt[3]. Eine kritische Betrachtung der Quellen scheint daher die Behauptung nach jeder Richtung zu rechtfertigen, dafs die condictio nicht Bereicherungsklage war. Für diese Annahme scheint aber schliefslich auch die formale, prozessuale Konstruktion der condictio ausschlaggebend.

„Von vornherein hat die Formel“ der condictio allerdings „das Ansehen, als sollte damit eine ganze Reihe verschiedener Verhältnisse getroffen werden[4]“. Die abstrakte Formel scheint für Rechtsansprüche aller Art zugänglich. Allein es fehlte dennoch nicht an gewissen Schranken, die

[1] l. 14 D. 12, 6.
[2] l. 66 D. 12, 6.
[3] l. 7 D. 44, 4; l. 26 § 3 D. 12, 6; l. 19 § 1 D. 24, 1.
[4] Pernice, Labeo III S. 212.

das Prozefsrecht selbst schuf. Die condictio hat den Charakter der abstrakten, strengen Klage auf dare eines certum an sich getragen. Die Eigenschaft der abstrakten Formel nun vermag an sich einen Fingerzeig für die materielle Grundlage der condictio nicht zu geben. Denn gerade diese Eigentümlichkeit ist es ja, die der condictio die Fähigkeit verleihen würde zur Geltendmachung aller nur denkbaren Rechtsansprüche. Nur die übrigen Merkmale der condictio sind daher geeignet, die Richtung anzugeben, nach der auch diese allgemeine und abstrakte Kondiktionenformel einer Beschränkung unterworfen ist und ihre individuelle Färbung empfängt. Als erste dieser Beschränkungen nun wird der rigor iuris, das strictum ius bezeichnet. Kurz zuvor wurde neuerdings das Verhältnis dieser Schranke des Kondiktionengebietes zu dem Satze berührt, dafs die Kondiktionen ex aequo et bono eingeführt seien. Die strengrechtliche Natur der condictio kommt nur darin zum Ausdrucke, dafs sie den iudex auf ein oportet gemäfs der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung verweist, während das bonae fidei iudicium es dem Richter anheimstellt, zu beurteilen, quantum actori restitui debeat. Dieses eigentümliche Verhältnis zwischen dem strengen Rechtscharakter der condictio und ihrer Entstehung aus dem aequum und bonum kommt am deutlichsten dort zum Ausdrucke, wo sie der Rückforderung einer Leistung dient, die auf Grund eines bonae fidei negotium vollzogen wurde. Die strenge Natur der condictio liefse zunächst vermuten, dafs sie in solchen Fällen überhaupt nicht statthaben könnte. Julian gewährt denn auch zur Rückforderung einer anläfslich eines Kaufes erfolgten Leistung nicht die condictio, sondern die Kaufklage selbst[1]. Allein spätere Juristen greifen auch in solchen Fällen zur condictio[2]. Immerhin macht sich also bei der Rückforderung, die in einem bonae fidei negotium ihren Grund hat, ein gewisses unsicheres Schwanken geltend. Dies könnte sich

[1] l. 11 § 6 D. 19, 1.
[2] l. 31 § 1 D. 12, 1 u. a. m.

vielleicht daraus erklären, dafs die Unterscheidung zwischen den Rechtswirkungen der bona fides und des strictum ius nur allmählich zum Durchbruche gelangt war, da ja dem Legisaktionenprozesse die actio bonae fidei vollkommen fremd gewesen zu sein[1] scheint. Es könnte daher sein, dafs für die Gewährung der condictio aus Anlafs eines Kaufes oder eines Mietvertrages auch der Umstand mafsgebend war, ob der Gedanke an die ursprüngliche strengrechtliche Natur dieser Geschäfte überwog oder nicht.

Allein es bedarf solcher mehr weniger gesuchter Erwägungen durchaus nicht, um die Anwendung der condictio auch für jene Fälle zu rechtfertigen, wo die Rückforderung der auf Grund eines bonae fidei negotium erfolgten Leistung in Frage steht. Denn wenn auch die Rückforderungsklage aus Anlafs eines bestimmten Geschäftes zur Entstehung gelangt, so ist sie trotzdem nicht Klage aus dem Geschäfte selbst, vielmehr von der Geschäftsklage durch einen wesentlichen Umstand unterschieden. Während die Geschäftsklage die Absicht verfolgt, dem Wesen des Geschäftes und dem beiderseitigen Parteiinteresse nach Thunlichkeit gerecht zu werden, die Erfüllung des Geschäftes herbeizuführen, ist die Rückforderungsklage gerade umgekehrt darauf gerichtet, die für den Verletzten erwachsenen schädlichen Folgen eines rechtsunwirksamen Übereinkommens nach Möglichkeit auszugleichen, das Geschäft aufzuheben. Dieser Tendenz aber ist vollkommen Genüge geleistet, wenn der iudex einfach angewiesen wird, zu entscheiden, ob der Rückforderungsanspruch des Klägers begründet ist. Dafür ist lediglich die Frage entscheidend, ob das Rechtsgeschäft rechtsunwirksam ist oder nicht. Diesen Anforderungen nun entspricht die condictio um so vollkommener, als sie neben besonderer Raschheit des Verfahrens auch vermöge ihrer abstrakten Formel den Vorteil allgemeiner Anwendbarkeit gewährt. Unbillig wäre es dagegen, wenn die Rückforderungsklage

---

[1] Vgl. oben Seite 46 und die daselbst Note 1 Citierten.

bonae fidei Charakter an sich trüge und unter Umständen auf ein negotium stricti iuris Anwendung zu finden hätte. Denn dadurch würde die Rechtslage des Klägers nicht selten ungerechtfertigter Weise verschlechtert[1].

Die strengrechtliche Natur der condictio schliefst also nicht aus, dafs sie bisweilen auch aus Anlafs eines bonae fidei negotium zur Entstehung gelangt. Allein dennoch gewährt diese Qualifikation der condictio bereits in doppelter Richtung einen Anhaltspunkt für die Bestimmung ihres Anwendungsgebietes. Einmal läfst diese Eigenschaft der condictio ihre Anwendbarkeit als Geschäftsklage aus einem negotium bonae fidei selbst ausgeschlossen erscheinen. Dies dürfte aber nicht der Fall sein, wenn die condictio in der That die Funktion einer Generalklage im klassischen Rechte zu versehen gehabt hätte. Damit ist daher ein Grund mehr gewonnen gegen die Annahme einer condictio generalis im Sinne einer allgemeinen Prozefsform nach dem Muster der legis actio sacramento[2]. Sodann mufs es zumindest als auffällig bezeichnet werden, dafs die Bereicherungsklage, die wie keine zweite das freie Ermessen des Richters hinsichtlich der Beurteilung der obwaltenden Verhältnisse zur Voraussetzung hat, auf die Grundsätze des strictum ius abgestellt gewesen sein soll. In diesem Umstande liegt daher vorerst wenigstens auch ein schwerwiegendes Bedenken gegen die Auffassung der condictio als einer oder gar der Bereicherungsklage überhaupt.

Die condictio ist aber weiter Klage auf dare. Damit ist ihrer materiellen Grundlage eine feste Stütze gewährt. Mit dare bezeichnen die römischen Juristen die Ansprüche auf Übertragung des Eigentums. Von diesem Begriffe des dare weicht nur die condictio furtiva ab, indem mit ihr zurückgefordert wird, was schon von Anfang an im Eigentum des Klägers steht. Nun lag es aber durchaus nicht in der Absicht der römischen Rechtswissenschaft, dadurch die

---

[1] A. M. Baron, Abh. I S. 18 f.; S. 125 ff.
[2] Vgl. Mitteis, Dogm. Jhrb. 39. Bd. S. 154.

condictio furtiva von dem Kondiktionensystem loszulösen. Das ergiebt sich daraus, dafs sie bemüht war, diese Erscheinungsform der condictio durch die freilich wenig befriedigende Motivierung, diese Absonderlichkeit erkläre sich aus dem odium furum, mit den übrigen Kondiktionsfällen im Zusammenhange zu erhalten. Es erhellt aber auch daraus, dafs die condictio furtiva in ihrer prozessualen Ausgestaltung, insbesondere in ihrer Formelconception mit der regelmäfsigen Kondiktionsklage sich in vollkommener Übereinstimmung befindet. Soll also die condictio furtiva in den allgemeinen Kondiktionsrahmen eingefügt werden, so mufs nach einem anderen in dem dare der Kondiktionsformel gelegenen Einigungspunkte gesucht werden. Ein solcher scheint gefunden, wenn man das dare, wenigstens für den späteren klassischen Prozefs, nicht so sehr im Sinne der Eigentumsübertragung als in dem der Rückübertragung überhaupt aufzufassen geneigt ist.

Diese Annahme scheint nun um so mehr begründet, als „der älteste Name für den ältesten Fall der Klage" „bekanntlich actio de certa pecunia credita[1]" ist. In dem creditum aber ist der Begriff der „Rückgewähr von Geld und anderen Gegenständen" gelegen, die „aus dem einen Vermögen ins andere übergegangen sind[2]". Dieser Begriff der Rückgewähr aber läfst sich ohne Schwierigkeit auf sämtliche Erscheinungsformen der condictio anwenden.

Die condictio versieht nämlich im römischen Recht trotz ihrer abstrakten Formel, die sie an sich zur Verfolgung jedes nur denkbaren Anspruches geeignet machen würde, doch nur drei verschiedene Funktionen. Sie ist Vertragserfüllungsklage in den Fällen des Darlehens, des Litteralvertrages und der stipulatio certa. Sie ist Rückforderungsklage in den Fällen der sogenannten condictiones sine causa. Sie ist endlich obligatorische Eigentumsverfolgungsklage, wenn der Ausdruck gestattet ist, als condictio furtiva. Diese Indi-

---

[1] Pernice, Labeo III S. 212.
[2] Pernice, Labeo III S. 214.

vidualisierung aber empfängt die condictio durch ihre Eigenschaften als strenge Klage auf dare eines certum. Denn diesen drei Erfordernissen werden nur die genannten Rechtsverhältnisse gerecht, diese aber trotz ihrer materiellen Verschiedenheit in gleichem Mafse. Denn sie alle unterliegen dem strengen Rechte, bezielen ein certum und involvieren ein dare. Diese Einheit aber kann nur aufrecht erhalten werden, wenn dem dare lediglich der Begriff der Rückübertragung unbeschadet der Eigentumsfrage unterschoben wird. Dies erfordert übrigens genau genommen nicht nur die condictio furtiva. Dies gilt vielmehr auch von der condictio als Vertragserfüllungsklage. Denn wo das Darlehen durch Hingabe von nummi alieni infolge anderer Umstände dennoch perfekt geworden ist, dort kann jedenfalls nicht von Eigentumsrückübertragung gesprochen werden. Doch auch sonst wird anzunehmen sein, dafs auch der condictio ex mutuo durch Hingabe fremder Geldstücke Genüge geschehen ist, dafern nur nachträglich eintretende Umstände diesen Mangel ersetzen[1]. Bezüglich der condictiones sine causa kann freilich hier noch nicht etwas Ähnliches behauptet werden.

Unzweifelhaft aber mufs wenigstens mit diesem abgeschwächten Begriffe des dare, der sich als Anspruch auf Rückgabe eines hingegebenen oder hingenommenen Vermögenswertes charakterisiert, auch die Konstruktion der condictiones sine causa in Einklang gebracht werden. Mit der Auffassung dieser Kondiktionen als Bereicherungsklagen nun scheint die Idee des Rückforderungsanspruches allerdings nicht unbedingt vereinbar. Das ergiebt sich schon aus der einfachen Erwägung, dafs eine Reihe von Fällen ungerechtfertigter Bereicherung Ansprüche erzeugen, die jedenfalls nicht als Rückforderungsansprüche bezeichnet werden können. Dies ist jedenfalls überall dort der Fall, wo Herausgabe von Vermögenswerten begehrt wird, die sich weder selbst noch ihrem Werte nach jemals vorher im Ver-

[1] Vgl. Brinz, Pand. II S. 550.

mögen des Klägers befunden haben[1]. Es sei nur an die Fälle erinnert, wo jemand einen Erwerb gemacht hat, der einem Anderen gebührt hätte, und dessen Herausgabe dieser Andere nun von dem Erwerbenden fordert. Als Rückforderungsanspruch kann solcher Anspruch auch nicht etwa deshalb bezeichnet werden, weil der materielle Erwerb des Beklagten gewissermafsen nur das thatsächliche Abbild des rechtlichen Erwerbsanspruches auf Seiten des Klägers darstellt. Denn einmal können doch nicht Anspruch und Erwerb als unbedingt einander entsprechend angesehen werden. Sodann aber kann der Anspruch unter Umständen wenigstens nur darin seinen Grund haben, dafs gerade Beklagter erwarb, aber doch nicht von derart rechtlicher Bestimmtheit sein, dafs durch den Anspruch allein schon der Erwerb als rechtsgültig begründet anzusehen wäre. Die Frage nach der wahren Natur der condictio spitzt sich demnach jedenfalls darauf zu, ob die condictio nur überall dort angestellt und überall nur auf das gerichtet werden kann, wo und insoweit es sich um eine Rückforderung handelt. Unmafsgeblich für diese Frage aber mufs es von vornherein sein, dafs in gewissen Fällen der Erbe unmittelbar gegen Dritte Ansprüche auf Herausgabe eines vom Erblasser her gemachten Erwerbes mit der condictio geltend machen kann. Denn wenn es sich auch in diesen Fällen nicht um eine Rückforderung im engsten Sinne handelt, so stehen sie doch unter dem Einflusse des Satzes: heres personam defuncti sustinet. Dasselbe aber gilt, freilich in beschränkterem Umfange, von manchem Singularsuccessor[2].

§ 23. Die Condictio als Rückforderungsklage.

Um die einheitliche Natur der condictio als Rückforderungsklage recht zu beurteilen, mufs die doppelte Voraussetzung geprüft werden, ob nicht „durch die Trennung

[1] Vgl. Bolze, Archiv für d. civ. Pr. 78. Bd. S. 431.

[2] l. 49 D. 12, 6; l. 12 D. 46, 3; l. 5 D. 12, 6; vgl. Brinz, Pand. II S. 512 ff.

der Kondiktionsfiguren der Gegenstand der Klage, das Ziel, das damit zu erreichen ist, verschieden bestimmt" und ob nicht dadurch „auch die Grundlage umgestellt" worden ist, „auf welcher der Kondiktionenanspruch ursprünglich ruhte[1]". Die erste wichtige Beobachtung nun, die sich für das Verständnis der condictio machen läfst, ist allerdings die, dafs diese Klage nicht auf eine bestimmte Klasse von Rechtsgeschäften eingeschränkt ist. Dieser Umstand war es ja auch, der die Klassiker zu den Versuchen veranlafste, eine Systematik der Kondiktionsfälle aufzustellen. Diese Versuche hat Justinian in seinen Digesten zum Abschlusse gebracht. Allein niemand vermag sich heute mehr der Einsicht zu verschliefsen, dafs dieser Versuch, die Grenzen jeder einzelnen Anwendungsform der condictio zu bestimmen, äufserst kläglich ausgefallen ist und es nicht hat verhindern können, dafs die einzelnen Digestentitel äufserst divergierende Fälle in sich vereinigen[2]. Die condictio entspringt zwar nicht aus einem Rechtsgeschäfte bestimmter Gattung, aber immerhin in jeder ihrer Formen aus ein und demselben rechtlichen Thatbestande. Dies kommt auch in den Quellen darin zum Ausdrucke, dafs sie dort, wo sie möglichst allgemein sprechen wollen, die condictio auf den Thatbestand zurückführen, „ob der Beklagte dem Kläger etwas zu Unrecht vorenthalte[3]".

Die gemeine Rechtslehre hat dieser einheitlichen Natur der condictio insofern unbewufst Rechnung getragen, als sie unentwegt an einer condictio sine causa generalis im Gegensatze zu der besonderen Kondiktionengruppe der condictio sine causa festhielt[4]. Allein es ist heute, wo die kompilatorische Natur all dieser Einteilungsgründe feststeht, kein Zweifel mehr darüber zulässig, dafs der condictio sine causa

---

[1] Pernice, Labeo III S. 238.

[2] Vgl. Voigt, cond. S. 625.

[3] Pernice, Labeo III S. 234; l. 6 D. 24, 1; l. 1 § 3 D. 12, 7; vgl. Brinz, Pand. II S. 505 f.

[4] Vgl. Baron, Abh. I S. 63 f.

generalis nur die Bedeutung einer Denkfigur zukommt. Als solche besagt sie nur, dafs alle Kondiktionen in der mangelhaften Beschaffenheit der causa übereinkommen. Dabei ist unter causa die objektive positivrechtliche Rechtmäfsigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäftes zu verstehen, nicht blofs ein subjektives Willensmoment, wenn sich auch nicht leugnen läfst, dafs solche objektive Unrechtmäfsigkeit sehr häufig ihren Grund nur in dem Mangel eines subjektiven Willens findet.

Die einheitliche Natur der condictio tritt auch in der schon berührten Erscheinung zu Tage, dafs sie späterhin wenigstens ebenso aus Negotien strengen Rechtes wie aus solchen bonae fidei entspringen konnte. Denn nur die Fähigkeit der condictio, einen bestimmten Thatbestand ohne Rücksicht auf die besondere Natur des konkreten Falles zu ergreifen, läfst es erklärlich erscheinen, dafs ihre Anwendbarkeit sich auf alle Rechtsverhältnisse gleichermafsen erstrecken konnte.

Dieser Vereinigungspunkt aber kann bei der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, die der condictio zugänglich waren, nur der Gedanke der Rückforderung sein. Dies äufsert sich wohl auch darin, dafs der Effekt der condictio so häufig mit repetere bezeichnet wird, mag nun eine condictio ex mutuo, eine condictio sine causa oder eine condictio furtiva in Frage stehen.

Die Frage kann daher nur die sein, ob solche Rückforderung eine Nichtigkeit zur Voraussetzung haben mufste und konnte, oder ob Anfechtbarkeit genügte, und ob die Rückforderung nur auf Grund eines rechtsgeschäftlichen Thatbestandes oder auch in anderen Fällen Platz greifen konnte.

Unter Nichtigkeit versteht man seit Savigny[1] jene „Ungültigkeit, welche in einer reinen Verneinung der Wirksamkeit besteht, also an Kraft und Umfang der Thatsache selbst,

---

[1] System IV S. 536.

worauf sie sich verneinend bezieht, völlig gleichsteht". Nichtig ist jene rechtliche Erscheinung, die den von ihr beabsichtigten rechtlichen Effekt gar nicht erzeugt, wie wenn sie niemals zur Entstehung gelangt wäre[1]. Man hat zwar noch unterscheiden zu müssen geglaubt, je nachdem „die aus dem Rechtsgeschäfte erwachsene rechtliche Wirkung in sich selbst kraftlos ist", oder „nur ihre Wiederaufhebung verlangt werden kann"[2]. Aber heute neigt die herrschende Meinung ohnedies zu der Annahme, dafs diese letztere Form der Nichtigkeit sich nur unwesentlich von der Anfechtbarkeit unterscheidet[3]. Es liegt daher um so weniger Grund vor, auf diese Detailfrage aus der Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte einzugehen, als sich aus dieser Unterscheidung schwerlich bedeutungsvolle Konsequenzen für die Kondiktionenlehre ergeben dürften.

Anfechtbarkeit im Gegensatze zur Nichtigkeit umfafst dagegen alle die Fälle der Rechtsunwirksamkeit, die durch „ein eigenes, neues, entgegenwirkendes Recht einer anderen Person"[4] veranlafst sind.

Von vornherein selbstverständlich und daher nur der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist endlich, dafs die Fälle der Nichtigkeit für die condictio nicht in Betracht kommen können, wo eine Leistung noch nicht erfolgt ist. Fehlt es doch in diesen Fällen an der notwendigen Grundlage der condictio als der Klage auf dare, d. h. Rückleisten.

Auch wo eine nichtige Leistung bereits erfolgt ist, ist dennoch kein Raum für die condictio, wenn durch solches Übertragungsgeschäft das Eigentum des Klägers an dem Leistungsgegenstande noch nicht erloschen ist. Denn dem Eigentümer steht die condictio nicht zu, es wäre denn gegen den Dieb und einige andere bösgläubige Besitzer[5].

---

[1] Vgl. Windscheid, Pand. I S. 246.
[2] Windscheid Pand. I S. 247.
[3] Vgl. Mitteis, Dogm. Jhrb. 28. Bd. S. 85 ff.
[4] Savigny, System IV S. 538.
[5] Gaii, Inst. 4, 4 u. a. m.

Nun kann aber trotz der Nichtigkeit des Hauptgeschäftes dennoch Eigentum an den Gegner übergegangen sein. Es sei nur an die Kardinalfälle der Konsumtion und der Vermischung erinnert. Die Frage schränkt sich daher schliefslich darauf ein, ob in solchen und in den Fällen, wo Eigentum überhaupt nicht in Frage steht, eine condictio mit Erfolg aus dem Titel der Nichtigkeit angestrengt werden kann.

Man hat nun vor allem so zu argumentieren versucht, dafs eine „Sanktion bei dem nichtigen Rechtsgeschäfte nicht nur nicht nötig, sondern nicht einmal denkbar ist“, offenbar weil ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht zu stande gekommen ist; daher habe „eine Nichtigkeitsklage Sinn nur als Präjudizialklage, d. h. als Klage auf Feststellung der Nichtigkeit,“ dem Bedürfnis nach „Wiedererlangung des durch das nichtige Rechtsgeschäft faktisch Verlorenen“ aber helfe „die römische condictio possessionis“ ab[1]. So richtig es jedoch ist, eine Vertragsklage aus dem weil nichtigen so rechtlich nicht vorhandenen Rechtsgeschäfte zu verweigern, so unzulänglich ist diese Beweisführung doch andererseits für die Frage, wie dem Kläger zur Wiedererlangung des faktisch verlorenen Verfügungsrechtes zu verhelfen sei, wenn wir uns vergegenwärtigen, dafs die als Auskunftsmittel gewählte condictio possessionis im klassischen Rechtssystem keinen Raum hat.

Es bedarf sicherlich nur einer Präjudizialklage, um das nichtige Rechtsgeschäft aus der Welt zu schaffen. Der aus solchem nichtigen Rechtsgeschäfte erhobenen Erfüllungsklage gegenüber wird der Belangte jederzeit mit Erfolg die vorhandene Nichtigkeit entgegenstellen können. Allein ebenso sicher mufs dem, der auf Grund solch nichtigen Rechtsgeschäftes seine Leistung schon vollzogen hat, ein Rechtsmittel an die Hand gegeben werden, um ihm die Rückforderung dieser Leistung zu ermöglichen. Die condictio possessionis ist dieses Rechtsmittel jedenfalls nicht, weil sie

---

[1] Windscheid Pand. I S. 249 u. n. 6.

dem klassischen Rechte überhaupt fremd ist, sie kann es aber auch in späterer Zeit nicht sein, weil auch die condictio possessionis dem Eigentümer nur gegen wenige bösgläubige Besitzer zustehen könnte, dem Interesse des Nichteigentümers mit der Einräumung des bloſsen Besitzes aber wenigstens nicht in allen Fällen Genüge geschehen dürfte. Wohl aber würde die regelmäſsige condictio, insofern sie auf Rückleistung des auf Grund nichtigen Rechtsgeschäftes Empfangenen gerichtet ist und die hingegebene Leistung in ihrem vollen Umfange erfaſst, den beiderseitigen berechtigten Interessen vollauf entsprechen, indem damit der frühere Vermögenszustand des Verletzten wieder hergestellt und die Vermögenssphäre des Empfängers in keinem weiteren Umfange getroffen würde, als es durch diesen begründeten Anspruch des anderen Teiles erfordert wird. Es bleibt daher nur mehr die reine Quellenfrage zu beantworten, ob und in welchem Maſse die römischen Juristen zu solchem Zwecke die condictio gewährt haben und ob, falls diese Gewährung thatsächlich Platz greifen konnte, diese davon abhängig gemacht war, daſs dem Kläger gegenüber dem Beklagten seine Eigentumsklage verloren gegangen war.

Um zu annähernder Sicherheit über diese beiden Fragen zu gelangen, ist es nicht notwendig, umfassende Quellenuntersuchungen anzustellen. Es genügt vielmehr, sich auf ein für diese Fragen zuverlässiges, verhältnismäſsig enges Gebiet zu beschränken. Ein solches scheint aber mit dem im römischen Rechte bis in die feinsten Details verarbeiteten Kapitel von der Schenkung unter Ehegatten gegeben. Die Herkunft dieses Verbotes der Schenkung unter Ehegatten ist im römischen Rechte in Dunkel gehüllt, das durch die Angabe, daſs es moribus receptum est, nicht genügend aufgehellt wird. Es ist daher nicht von vornherein klar, welche Art der Sanktion auf die Übertretung dieses Verbotes gesetzt war, ob es auf eine lex — lex im weitesten Sinne genommen — perfecta oder imperfecta oder minus quam perfecta sich gründete. Die Art der Ungültigkeit solcher Schenkungen läſst sich daher nur aus der ihr beigemessenen

Wirkung erkennen. In dieser Richtung nun scheinen die Quellen allerdings keinen Zweifel darüber zu gestatten, dafs wir es mit absoluter Nichtigkeit zu thun haben[1].

Es gestaltet sich demnach gerade die Lehre von der Schenkung unter Ehegatten besonders fruchtbar für die uns beschäftigenden Fragen, weil nirgends so oft wie hier die Gewährung einer condictio in Erwägung gezogen ist. Die für die Rückforderung aus solcher verbotener Schenkung im römischen Recht mafsgebenden Grundsätze nun lassen sich ungefähr in folgender Weise zusammenfassen.

Die Schenkung zwischen Ehegatten ist nichtig. Ein Rechtsgeschäft kommt in der That nicht zu stande. Nach einer Meinung[2] soll jedoch eine Ausnahme gelten für die Fälle, man möchte sagen, negativer Schenkung, die durch Nichtverhinderung eines Erwerbes bewirkt wurden. Für diese Fälle beruft man sich auf den Verlust einer Servitut[3] durch deren schenkungsweisen Nichtgebrauch und auf das Aufgeben eines obligatorischen Rechtes durch schenkungsweises Verschweigen einer zuständigen Einrede[4]. In diesen beiden Fällen nämlich soll solcher Verzicht nur ein obligatorisches Rückforderungsrecht, nicht aber absolute Nichtigkeit herbeiführen. Allein man übersieht hierbei im zweiten Falle, dafs die Rechtskraft des Urteils nicht dadurch erschüttert werden kann, dafs eine Einrede, wenn auch unzulässigerweise, nicht geltend gemacht wurde. Denn die Anbringung der Einreden ist wenigstens in der Regel der Fälle in das Belieben der Parteien gestellt, und wenn diese von solcher Befugnis keinen Gebrauch machen, ist es nicht in der Macht des römischen iudex gelegen, in seinem Urteilsspruche auf eine derartige Einrede dennoch Bezug zu nehmen. Es ist aber nicht einzusehen, warum der in diesem Falle dennoch ausdrücklich gewährten condictio — facta a iudice absolutione

[1] l. 3 § 10, l. 5 § 1, l. 11, l. 18, l. 33 pr. § 1, l. 36 pr., l. 38 § 1, l. 48, l. 52 § 1 D. h. t. 24, 1.

[2] Windscheid, Pand. II § 509, 3.

[3] l. 5 § 6 D. 24, 1.

[4] l. 5 § 7 D. 24, 1.

valebit quidem sententia sed condicetur ei, cui donatum est — ein anderer Sinn unterschoben werden sollte, wie in zahlreichen anderen Stellen, wo sie lediglich dazu bestimmt ist, die auf Grund der nichtigen Schenkung vollzogene Leistung dem Hingebenden wieder zu verschaffen. Der Urteilsspruch bleibt zu Recht bestehen, aber eben nur formell, die von seinem materiellen Inhalte unberührte Leistung wird jedoch, wie jede andere nichtige Erfüllung, mit condictio rückgängig gemacht.

Nicht viel anders verhält es sich mit dem ersterwähnten Falle[1]: Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem verum post divortium condici posse. Zunächst ist zu betonen, dafs Ulpian, der Autor dieser Stelle, die Annahme selbst nicht für unanfechtbar hält, sondern nur als seine subjektive Meinung hingestellt wissen will. Doch abgesehen hiervon scheint der Grund, warum die condictio nicht sofort gewährt wird, sich aus einer Vergleichung mit l. 18 C. h. t. 5. 16 zu ergeben, die, schon von der Glosse zur Parallele herangezogen, verfügt: A marito in uxorem donatione allata matrimonii tempore, nec initio dominium transferri potest nec post, si divortium intercesserit ... potest convalescere. Nimmt man dazu noch die Worte Ulpians[2]: si divortii causa facta sit (donatio) valere, so ergiebt sich nunmehr als Princip: Eine Schenkung unter Ehegatten ist nichtig, die Nichtigkeit kann jedoch unter Umständen, z. B. infolge einer unklaren Übereinkunft, bis zum Eintritt der Scheidung in suspenso gelassen sein. Stellt sich dann heraus, dafs die Schenkung unter Ehegatten in der That den Charakter einer reinen, unbedingten Schenkung gehabt habe, so ist nunmehr die Nichtigkeit offenkundig, und der Geschenkgeber macht seinen Rückforderungsanspruch auf Grund der schon vollzogenen Leistung im Wege der condictio geltend. Stellt sich dagegen heraus, dafs die Schenkung nur für den Fall der Scheidung

[1] l. 5 § 6 D. 24, 1.
[2] l. 11 § 11 D. 24, 1.

beabsichtigt war, so wird sie durch den Eintritt dieser Bedingung rechtswirksam. Derselbe Gedankengang liegt unzweifelhaft den Ausführungen der Glosse zu Grunde, wenn sie zu dieser Stelle bemerkt: Wo die liberale causa in einer solchen Weise zu Tage tritt, dafs sie an und für sich den Verlust der Servitut zur Folge hat, so hört diese auch wirklich zu bestehen auf, sed repetitur. Mit der Beseitigung dieser zwei angeblichen Ausnahmsfälle ist demnach die einheitliche Behandlung der Schenkung zwischen Ehegatten im römischen Rechte gesichert, und es fragt sich daher nur mehr, welcher Art diese Behandlung gewesen sei.

Darüber nun gewähren Ulpian-Gaius[1] vollkommenen Aufschlufs, wenn sie die Wirkung der Schenkung dahin formulieren: In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est; quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur, ex quibus causis condictio nasci solet.

Die Nichtigkeit der Schenkung kann bereits als erwiesen angenommen werden und wird in diesen Worten auch stillschweigend vorausgesetzt. Die hier aufgeworfene Frage ist lediglich die, wie und inwieweit der Leistende die Rückerstattung seiner Leistung zu erwirken vermag. Bemerkenswert ist nun die von vornherein gesetzte Beschränkung hactenus, die in der Folge in die zwei Fälle sich gliedert, dafs die Leistung noch in Natur vorhanden oder bereits konsumiert ist, und die für den letzteren Fall durch die stereotype Formel quatenus locupletior factus est, näher bezeichnet wird, eine Formel, deren prozessuale Bedeutung in anderem Zusammenhange bereits jener dem sogenannten beneficium competentiae eigentümlichen Kondemnations-Einschränkung gleichgesetzt wurde. Aus dem Zusammenhalte des hactenus

---

[1] l. 5 § 18, l. 6 D. 24, 1.

mit dieser letzteren Beschränkung ergiebt sich nun, dafs die Rückforderung aus einer Schenkung zwischen Ehegatten regelmäfsig und allemal auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt war. Nur das Mafs solcher Bereicherung war naturgemäfs ein verschiedenes, je nachdem die Leistung noch in natura sich in Händen des Empfängers befand oder von diesem schon konsumiert war, indem ersteren Falles die noch vorhandene Bereicherung eben der Leistung selbst gleichkam, letzteren Falles dagegen sich auf ein geringeres Mafs reduzierte. Aus dieser Bestimmung aber läfst sich entnehmen — wir begeben uns damit freilich auf ein Gebiet, das anderen Ortes des näheren zu betrachten sein wird — dafs die Bereicherung nicht so sehr den für die condictio als vielmehr den für das Schenkungsgeschäft ausschlaggebenden Mafsstab abzugeben bestimmt war.

Für die uns hier beschäftigende Frage aber lehrt die Stelle, dafs aus der nichtigen Schenkung, dafern sie in der Hingabe einer Speciessache bestand, die Vindikation entsprang, solange diese Sache sich noch in Händen des Beschenkten befand, dafern sie aber bereits konsumiert war, die condictio. Nicht nur dies lehrt die Stelle, sondern die allgemeine Ausdrucksweise des zweiten von Gaius herrührenden Teiles scheint dafür zu sprechen, dafs eine condictio auf Grund solcher nichtiger Schenkung unter Umständen auch von vornherein zu gewähren ist auf das quod ex non concessa donatione retinetur, gleichgültig ob dem Kläger seine Vindikation verloren gegangen, oder ob ihm eine solche niemals zu Gebote gestanden. Diese extensive Interpretation mufs der Stelle schon um dessentwillen unterlegt werden, weil die zuvor besprochene l. 5 § 7 D. h. t., die von dem schenkungsweisen Einredenverzicht handelt, die condictio uneingeschränkt gewährt, wiewohl es sich in solchen Fällen zumeist um Forderungen handeln wird, zu deren Geltendmachung an eine Vindikation nicht einmal gedacht werden kann. Überhaupt werden ja die Geldschenkungen den Schenkungen vindikabler Sachen zumindest die Wage halten, und gerade diese wären dann, wenn man die Gewährung der condictio von einem verloren-

gegangenen Eigentumsanspruche abhängig machen wollte, schutzlos gelassen. Will man aber den Satz, dafs die condictio immer als Ersatz der Vindication erscheine, lediglich so aufgefafst wissen, dafs eine condictio da Platz zu greifen habe, wo die Vindikation einzutreten hätte, wenn die fragliche Sache überhaupt Gegenstand der Eigentumsklage sein könnte, so gewinnt dieser Lehrsatz ungefähr dieselbe nichtssagende Allgemeinheit wie jener nun endgültig verworfene Rechtssatz, dafs sich niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern solle.

In dem hier vertretenen Sinne aufgefafst, läfst also die in Frage stehende Stelle einen dreifachen Schlufs zu: Die condictio dient zur Geltendmachung auch solcher Rückforderungsansprüche, die eine auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäftes vollzogene Leistung zum Gegenstand haben. Solche Rückforderungscondictio setzt eine verloren gegangene Eigentumsklage nicht voraus, wohl aber unterliegt diese condictio in allen Voraussetzungen und Wirkungen denselben Beschränkungen wie eine aus analogem Grunde zu gewährende vindicatio. Die hiefür unternommene Beweisführung hat sich mit Absicht auf das engste Gebiet und das dürftigste Material beschränkt, um den Faden der Untersuchung nicht zu verlieren. Allein darin kann eine Schwäche der Beweisführung deshalb nicht gefunden werden, weil nicht eine Stelle sich wird auffinden lassen, die diesen Sätzen widersprechen könnte, wohl aber eine Reihe von Beweisstellen sich mühelos finden liefse, die diese Sätze zu erhärten imstande wären [1].

Wesentlich leichter gestaltet sich die Beantwortung der Frage, ob die auf Grund eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes vollzogene Leistung im Falle der Anfechtbarkeit mittels condictio rückgängig gemacht werden kann. Gewisse Anfechtungsgründe sind durch besondere Rechtsmittel geschützt. Die vorzüglichsten Beispiele gewähren die actio doli und die actio quod metus causa. Jedoch sind die Anfechtungsfälle zumindest ebenso häufig, die eines besonderen Schutz-

[1] Vgl. über die Rückforderung nichtiger Leistungen: Bolze Archiv f. d. civ. Pr. 76. Bd. S. 233 ff.; Seuffert, Archiv 40, 113.

mittels entbehren. Für diese eben wird die Frage nach der Zulässigkeit der condictio als Anfechtungsklage akut. Dafs die condictio in solchen Fällen in der That zulässig sei, ist wohl noch von keiner Seite ernstlich bestritten worden. Basieren doch die Justinianischen condictiones sine causa dem gröfsten Teile nach auf dem Gedanken der Anfechtbarkeit. Als Kardinalfall kann wohl die condictio causa data causa non secuta gelten. Tritt die gesetzte Voraussetzung nicht ein, so erwächst dem Hingebenden eine condictio. Auf eine Nichtigkeit kann solche unzweifelhaft nicht gestützt werden, denn ein Rechtsgeschäft ist thatsächlich gültig zu stande gekommen, nur dafs es nicht definitiv, sondern blofs bedingt abgeschlossen wurde. Tritt die Bedingung nicht ein, so zerfällt damit das Rechtsgeschäft nicht ipso iure. Es ist vielmehr dem Parteiwillen anheimgestellt, ob es dennoch aufrecht erhalten oder zerstört werden soll. Der Zerfall des Rechtsgeschäftes ist nicht durch die objektive Rechtsordnung unbedingt erfordert, sondern von dem subjektiven Parteiwillen abhängig. Die Ungültigkeit ist nicht Nichtigkeit sondern Anfechtbarkeit. Wie wäre es sonst möglich, dafs ein Römer, mag nun die Kontraktstheorie richtig sein oder nicht, solche condictio eine Klage nennen könnte, quae ex hoc contractu nascitur[1]. Die condictio war demnach zulässig, gleichgültig ob der ihr unterliegende Rückforderungsanspruch aus einem nichtigen oder blofs aus einem anfechtbaren rechtlichen Thatbestande entsprang. —

§ 24. Die rechtsgeschäftliche Grundlage der Condictio.

Sowohl aus einem nichtigen als auch aus einem anfechtbaren rechtlichen Thatbestande kann die condictio entspringen. Dieser Thatbestand aber ist weder die zufällige Bereicherung noch der Quasikontrakt. Ebensowenig kann daran gedacht werden, die condictio als den regelmäfsigen Ersatz der Vindikation anzusehen oder sie gar in allen

[1] l. 3 § 4 D. 12, 4.

Fällen aus einem deliktischen Thatbestande hervorgehen zu lassen. Es scheint daher nur die Möglichkeit zu erübrigen, das Rechtsgeschäft, das negotium zur Grundlage der condictio zu wählen. Auch dies ist bereits von anderer Seite[1] geschehen. Doch in einem Sinne, der auch diese Konstruktion wenigstens für einen grofsen Teil der Kondiktionsfälle als unpassend erscheinen läfst.

Man hat die Zulässigkeit der condictio nämlich davon abhängig gemacht, „ob den Umständen nach eine Verpflichtung selbstverständlich als übernommen, ein Rückforderungs- oder Widerrufsrecht als eingeräumt betrachtet werden darf[2]“. Die condictio erscheint dadurch auf „ein einseitiges negotium“, auf einen Rückgabevertrag zurückgeführt. Allein diese zweifellos irrige und in den Quellen nicht begründete Konstruktion beruht auf einer Überschätzung zweier Analogien. Die eine ist die Analogie des Darlehens, die andere die des Reurechtes. Wenn nun auch im klassischen Rechte die Darlehensklage aus der Vereinbarung auf Rückgewähr hervorgeht, so ist diese Auffassung doch auch für das Darlehen „geschichtlich unzutreffend[3]“. Ebensowenig Halt vermag dieser Theorie aber auch die Analogie des Reurechtes zu verleihen, nachdem sich dieses nur als eine Sonderheit der fiducia und der Schenkung von Todeswegen erwiesen hat. Die Theorie vermag jedoch auch sonst wenig zu befriedigen. Es sei nur an die Fälle der condictio ob turpem und ob iniustam causam erinnert, wo nur eine weit hergeholte Fiktion die Annahme eines Rückgabevertrages rechtfertigen könnte[4].

Ebenso können auch die Theorien vom Vertrage, von der Voraussetzung, von der Selbstbeschränkung des Willens u. a. m. im besten Falle nur für die eine oder andere Erscheinungsform der condictio ihre Geltung be-

[1] Donellus, comment. 14, 24; Jacobi, dogm. Jhrb. IV S. 304 ff.; Pfersche, Bereicherungskl. S. 148 ff.

[2] Jacobi, l. c. S. 307.

[3] Pernice, Labeo III S. 220 f.; S. 271 f.

[4] Vgl. allerdings Bekker, Aktionen I S. 114 f.

haupten[1]. Nun haben aber auch die Klassiker die Einheitlichkeit der condictio festgehalten, „obwohl sie die Klagen in Gruppen sonderten und das gesamte Gebiet durch Konstruktion der einzelnen Figuren einengten[2]“. Es mufs ihnen daher dennoch eine gemeinsame Grundlage aller Kondiktionsgruppen vorgeschwebt haben. Diese scheint nun darin gelegen, dafs die condictio allemal aus einem Rechtsgeschäfte entsprang.

Eine Ausnahme mufs von vornherein für die condictio furtiva gelten, die auch in dieser Beziehung ihren anormalen Charakter behauptete. Andererseits ist die Frage sofort in bejahendem Sinne zu beantworten für die aus den drei Verträgen des strengen Rechtes entspringende condictio. Nur die Zurückführung der condictiones sine causa auf diese Grundlage bedarf näherer Begründung. Für diese ist die Behauptung aber zunächst dahin richtig zu stellen, dafs sie nicht aus dem Rechtsgeschäfte als Geschäftsklage, sondern nur aus Anlafs der Rechtsunwirksamkeit eines Geschäftes entspringend zu denken sind. Die condictiones sine causa greifen überall dort nicht Platz, wo es an einem Rechtsgeschäft von vornherein mangelt, ein solches überhaupt nicht beabsichtigt war. Die condictiones sine causa treten dagegen stets dann ein, wenn es sich darum handelt, eine Leistung rückgängig zu machen, die auf Grund eines Rechtsgeschäftes erfolgte, das sich nachträglich als rechtsunwirksam, als nichtig oder anfechtbar erwies. Die condictiones sine causa sind wie die condictio überhaupt Rückforderungsklagen. Insbesondere aber sind sie Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte.

Die negative Seite des Beweises für diese Annahme wurde dadurch erbracht, dafs die condictio für die Fälle zufälliger, nicht rechtsgeschäftlicher Bereicherung in den Quellen unzuständig erwiesen wurde. Dieser negative Beweis wird weiter dadurch in schlagender Weise unterstützt, dafs

---

[1] Vgl. Pernice, Labeo III S. 259 ff.
[2] Pernice, Labeo III S. 290.

gegen den Verpflichtungsunfähigen die condictio versagt ist[1]. Diese unbestreitbare Thatsache[2] läfst sich nicht dadurch entkräften, dafs „die condictio indebiti, von welcher die angezogenen Stellen sprechen, auf Rückgabe der ganzen Leistung gerichtet ist, während die Vertragsunfähigen nur auf Höhe der zur Zeit der Klagsanstellung noch vorhandenen Bereicherung verhaftet sind[3]". Denn die Beschränkung gerade der condictio auf die Bereicherung ist in anderen Fällen keine Seltenheit. Wenn daher in diesen Fällen zur Ausgleichung der Bereicherung nach einer utilis actio gegriffen werden mufs, so scheint damit deutlich zum Ausdruck gebracht, dafs die Verweigerung der condictio in diesen Fällen ihren Grund nicht so sehr in der Besonderheit des Klagegegenstandes hat, als vielmehr in dem Mangel der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungsfähigkeit. Andererseits kann daraus, dafs dem Verpflichtungsunfähigen seinerseits in solchen Fällen die condictio eingeräumt wird[4], kein Argument gewonnen werden für die Einseitigkeit des der condictio unterliegenden Rechtsgeschäftes. Die eigentümliche Rechtsstellung des Pupillen und anderer unselbständiger Rechtssubjekte hat ja zu der Figur der sogenannten hinkenden Geschäfte geführt. Die Eigentümlichkeit dieser Geschäfte aber ist es, dafs sie den Pupillen berechtigen, ohne ihn vorerst zu verpflichten. Dieser einseitigen Natur des hinkenden Geschäftes nun mufs notwendigerweise dadurch Rechnung getragen werden, dafs der Verpflichtungsunfähige zu den aus dem Geschäfte entspringenden Klagen wohl aktiv, nicht aber passiv legitimiert wird. Die besondere Rechtstellung des Verpflichtungsunfähigen bringt es also mit sich, dafs gegen ihn die condictio niemals Platz greifen, dafs er aber unter Umständen zu deren Anstellung berechtigt sein kann. Nebenbei bemerkt ist es nicht uninteressant,

[1] Vgl. Jacobi, l. c. S. 306 f.; Brinz, Pand. II S. 552 f.
[2] Gaius 3, 91; § 1 Inst. 3, 14; l. 66 D. 46, 3 u. a. m.
[3] Witte, Dogm. Jhrb. V S. 121 f.
[4] l. 12 D. 12, 1.

dafs dieselben, die sonst jederzeit bereit sind, in der condictio eine Bereicherungsklage zu erblicken, die Verteidigung ihres Standpunktes in dieser Frage am besten darauf zu stützen glauben, dafs die condictio (indebiti) regelmäfsig nicht auf die Bereicherung beschränkt sei[1].

Die Frage nach der Aktiv- und Passivlegitimation für die condictio, die soeben gestreift wurde, scheint aber überhaupt vorzüglich geeignet, zum Verständnisse der wahren Grundlage der condictio erheblich beizutragen. Für diese Frage sind nun insbesondere jene Stellen von Bedeutung, die das Verhältnis zwischen dem dominus und Prokurator, sowie jenes zwischen dem Hauptschuldner und Bürgen im Auge haben. Der Prokurator, der ein indebitum leistet, hat nur insolange die condictio als der dominus nicht ratihabiert hat. Mit der Ratihabition hört das Geschäft auf, ein solches des Prokurators zu sein, es wird zum Geschäfte des Dominus. Daher steht nunmehr diesem selbst die condictio zu[2]. Gerade ebenso verhält es sich, wenn dem Prokurator ein Indebitum geleistet worden ist. Auch in diesem Falle kann die Rückforderung gegenüber dem Prokurator nicht mehr geltend gemacht werden, sobald der Dominus ratihabiert hat[3].

Zahlen zwei Bürgen, nachdem schon der Hauptschuldner eine Teilzahlung geleistet hat, so kann nur der zweite Bürge, dessen Zahlung dem bereits voll befriedigten Gläubiger zugeflossen ist, mit der condictio zurückfordern[4]. Weder der Hauptschuldner noch der Bürge, dessen Zahlung die volle Schuldendeckung herbeiführte, kann zurückfordern. Nur dem Bürgen steht die Rückforderung zu, dessen Zahlungsgeschäft ein rechtsunwirksames war. Nicht die Mehrzahlung an sich, nicht die Bereicherung berechtigt die zu gesamter Hand oder subsidiär Verpflichteten zur Rückforderung, während

---

[1] Witte, l. c. S. 121, die Bereicherungsklagen, §§ 20 u. 21.
[2] l. 6 pr. D. 12, 6; l. 25 pr. D. 46, 8.
[3] l. 14 D. 12, 4; l. 6 § 1 D. 12, 6.
[4] l. 25 D. 12, 6.

die Regelung des internen Verhältnisses dem etwa vorhandenen Regreſsrechte überlassen bleibt, sondern die Überzahlung auf Grund eines zur Zeit der Zahlung bereits rechtsunwirksamen Verpflichtungsverhältnisses. Wenn daher jemand für eine Nichtschuld sich verbürgt und als Bürge zahlt, so hat er nur den Regreſs gegen den Hauptschuldner, nur dieser die Rückforderungsklage gegen den Pseudogläubiger. Denn in solchem Falle ist die Verbürgung gegenüber dem Hauptschuldner, das Zahlungsgeschäft gegenüber dem Gläubiger unwirksam. Hinsichtlich der ersteren stehen sich daher Schuldner und Bürge, hinsichtlich des letzteren dagegen Schuldner und Gläubiger gegenüber. Hat dagegen der Bürge suo nomine gezahlt, dann erstreckt sich die Rechtsunwirksamkeit auch auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen. Deshalb kann in diesem Falle der Bürge auch sofort von dem Gläubiger zurückfordern [1].

Die Rechtsunwirksamkeit des Geschäftes berechtigt zur Rückforderung zwischen den unmittelbar Beteiligten. Daher kann auch unmittelbar vom Gläubiger zurückgefordert werden, wiewohl dem solutionis causa adiectus gezahlt worden ist [2]. Denn trotzdem ist der Gläubiger der eigentliche Träger der aus dem Geschäfte erwachsenden Rechte und Pflichten. Doch immer sind nur die Personen Klageparteien im Kondiktionenprozesse, zwischen denen das hinfällige Geschäft zu stande gekommen ist. Wenn deshalb eine dos zurückgefordert wird, sei es, weil der, der sich zu ihrer Hingabe verpflichtet erachtete, thatsächlich nicht der Verpflichtete ist, oder weil die Ehe keinen Bestand hatte, so steht die Rückforderungsklage bald nur gegenüber der Frau zu, wenn die dos nämlich in ihrem Auftrage bestellt war [3], bald nur gegen den Mann, wenn sie nämlich von vornherein diesem bestellt war [4]. Niemals greift die condictio nach Wahl des Klägers bald gegen diesen, bald gegen

[1] l. 47 D. 12, 6.
[2] l. 59 D. 46, 3.
[3] l. 9 § 1 D. 12, 4; l. 78 D. 23, 3.
[4] l. 9 § 1 D. 12, 4.

jene Platz. Ohne in diese ebenso fein durchgeführte wie lehrreiche Kasuistik über die Legitimation zur Anstellung der condictio weiter einzugehen, sei schliefslich das Ergebnis dieser Untersuchungen mit den Worten Modestins[1] zusammengefafst: his solis pecunia condicitur quibus quoquo modo soluta est non quibus proficit. Enthalten sie doch in kürzester und klarster Form das Prinzip der condictio als der Klage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte, nicht aus der Bereicherung. Nicht gegen den räumt Modestin die condictio ein, der bereichert ist, sondern gegen den, der aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte empfangen hat. Die condictio ist danach nicht Bereicherungs-, sondern Rückforderungsklage.

Wenden wir uns nun dem positiven Beweise dieser Behauptung zu, so erwächst zunächst die Aufgabe, die von den klassischen Juristen geschaffenen und von Justinian mit wenig Geschick übernommenen Kondiktionengruppen mit dieser Konstruktion in Einklang zu bringen. Dies scheint um so notwendiger, als diese Einteilungsversuche der Klassiker nicht so sehr einem systematischen Bedürfnisse, dem Wunsche, alle möglichen Kondiktionsfälle in ein bestimmtes System zu bringen, entsprungen sein sollen, als vielmehr der „Tendenz, durch die Scheidung gesonderte Grundlagen für die Anwendungsfälle zu schaffen.“ Nun sind aber nur die condictio indebiti und condictio causa data causa non secuta „eigenartig und selbständig durchgebildet worden“. Die Prüfung der Kondiktionsgrundlagen wird sich daher wohl oder übel auf diese beiden Erscheinungsformen beschränken müssen, die übrigen dagegen nur vergleichsweise heranziehen können. Auch diese Prüfung wird aber auf das engste Mafs einzuschränken sein, nachdem Pernice das wesentlichste Material für diese Fragen bereits zusammengetragen und spruchreif gemacht hat.

„Die Grundlage der condictio indebiti ist die Erfüllung einer Nichtschuld“. Es mufs demnach eine Erfüllung vor-

---

[1] l. 49 D. 12, 6.

liegen. „Es mufs zwischen den beiden Beteiligten ein Kausalgeschäft abgeschlossen gedacht und daraufhin von einem an den anderen geleistet sein". „Das sind die beiden objektiven Erfordernisse". Aufserdem aber verlangt bereits Mela das Vorhandensein eines Irrtums. Nun sind aber Labeo und Mela die ersten, die eine condictio indebiti sicher bezeugen. In der That reicht also dieses Erfordernis „bis zur Ausbildung" dieser Klagfigur überhaupt zurück. Im weitesten Sinne genommen weist nun die condictio indebiti allerdings verschiedene Spielarten auf. In diesem Sinne umfafst sie auch die solutio ex falsa causa, das perperam solutum, die condictio ex transactione und die dem Irrtum gleichgestellten Fälle der imprudentia[1]. Alle diese Fälle aber kommen darin überein, dafs „ein wirkliches, beiderseits zugestandenes Rechtsverhältnis vorhanden ist, über dessen Gültigkeit, Erzwingbarkeit oder Umfang gestritten wird[2]".

Diese Konstruktion trifft jedoch auch in den Fällen zu, wo „eine farblose, unbestimmbare Leistung" „gemacht wird, ohne dafs eine äufserlich wahrnehmbare rechtliche Beziehung zwischen Geber und Empfänger sie veranlafst". Denn die Römer waren von jeher gewohnt, in der Zahlung selbst ein Rechtsgeschäft zu erblicken, ein negotium, ein zwischen Geber und Empfänger abgeschlossenes Kausalgeschäft[3]. Für die condictio indebiti aber genügt es, wenn solche causa nur irrtümlich angenommen war, mag sie wirklich auch niemals vorhanden gewesen sein. Die Zahlung an sich hat bereits die Natur eines Negotiums, das zur condictio berechtigen kann, wenn eben nur Zahlung im Sinne der Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit bezweckt war. Sie greift dagegen nicht Platz, wenn nur eine thatsächliche Zuwendung an einen Anderen erfolgt war[4]. Sie tritt aber auch nicht not-

---

1 Vgl. Pernice, Labeo III S. 238 ff.
2 Vgl. Pernice, Labeo III S. 243.
3 Pernice, Labeo III S. 343.
4 l. 33 D. 12, 6; l. 60 D. de leg. I. u. a. m.

wendig schon darum ein, weil lediglich in Erfüllung einer Naturalobligation geleistet worden war.

Die Verschiedenheit der Fälle, in denen bei Naturalverpflichtungen die condictio zugelassen und nicht zugelassen wurde, ist allerdings nicht dazu angethan, „mit einer kurzen Regel“ über dieses Verhältnis den Stab zu brechen. Geht man jedoch mit Wlassak[1] von der Voraussetzung aus, dafs den Römern das ius naturale im allgemeinen ebensowenig als positives Recht galt, wie dies bei dem „Naturrecht“ unserer Tage der Fall ist, und dafs, „soweit rechtliche Wirkungen der Naturalobligation nachweisbar sind“, „dieselben entweder auf ius civile oder ius honorarium beruhen“, so ist das Verhältnis einfach zu bestimmen. Dann kam eben den Naturalobligationen, deren Vorhandensein die Anwendbarkeit der condictio ausschlofs, beschränkte civilrechtliche Bedeutung zu. Die condictio konnte in diesen Fällen deshalb nicht statthaben, weil das durch sie anzufechtende Rechtsgeschäft vom Civilrecht oder vom Prätor bis zu einem gewissen Grade wenigstens für unanfechtbar erklärt war. In der That bildet denn auch die condictio indebiti insbesondere bei Julian[2], doch auch bei Anderen[3] den Mafsstab für die Beurteilung der rechtlichen Verpflichtungskraft naturaler Verbindlichkeiten[4].

Jedenfalls aber blieb die condictio nach wie vor von dem Vorhandensein einer rechtsgeschäftlichen Grundlage abhängig. Mag man auch der Anschauung sein, dafs die Anforderungen der obligatio und solutio und damit Julians Vertragstheorie überhaupt im Laufe der Zeit eine beträchtliche Abschwächung erfuhren, keinesfalls gelangte man auf diesem Wege zur Gestattung der Rückforderung wegen blofs thatsächlicher Aufwendungen. Auch scheint es fraglich, ob eine Berechtigung besteht, deswegen von einer Hemmung

---

[1] Kritische Studien S. 47.

[2] l. 16 § 4 D. 46, 1; l. 32 § 2 D. 12, 6.

[3] l. 41 D. 12, 6 u. a. m.

[4] Vgl. Brinz, Pand. II S. 543 n. 11; Bekker, Aktionen I S. 6 f.

der Entwickelung zu sprechen[1]. Denn wie ein Blick auf die übrigen Kondiktionsfiguren einerseits und auf die Fälle zufälliger oder thatsächlicher Bereicherung andererseits lehrt, scheint der Gedanke an die Anwendung der condictio auf die zufällige Bereicherung der römischen Rechtslehre durchweg fremd geblieben zu sein.

Zu dieser Annahme verleitet auch die Konstruktion der condictio causa data causa non secuta. Auch sie beruht nicht lediglich auf dem Nichteintritte einer Voraussetzung oder auf Selbstbeschränkung des Willens. Wohl „belehrt ein Blick in die Rechtsbücher“ darüber, dafs „die römischen Juristen unsere Kondiktionenfigur wegen des ihr innewohnenden subjektiven Elementes von den anderen absonderten und eine Konstruktion unternahmen[2]“. Allein es bleibt trotzdem fraglich, ob dieses subjektive Willensmoment für die condictio causa data causa non secuta von derart ausschlaggebender Bedeutung war, dafs es geradezu als die Grundlage dieser Kondiktionsfigur bezeichnet werden mufs.

Einen heftigen Stofs erhält die Annahme, dafs der Wegfall der Voraussetzung und die dadurch veränderte Willensrichtung den Rechtsgrund der condictio in diesen Fällen ausmache, wenigstens für das klassische Recht durch den Umstand, dafs das Reurecht zumindest in der von Justinian beliebten Allgemeinheit diesem Rechtszustande fremd war. Denn damit ist gerade der Hauptfall, in dem die condictio auf den subjektiven Willen des Klägers abgestellt gewesen sein soll, für das klassische Recht ausgeschieden. Doch auch dort, wo das Reurecht bereits für den klassischen Rechtszustand anzuerkennen sein wird, ist es nicht von solcher Beschaffenheit, dafs die condictio durch den subjektiven Willen des Klägers allein Richtung und Geltung empfängt. Dieses Gebiet ist die Schenkung von Todes wegen. Ist auch das Reurecht hierfür aus der Natur der Schenkung von Todes wegen als einer letztwilligen Verfügung befriedigend

---

[1] Pernice, Labeo III S. 251.
[2] Pernice, Labeo III S. 259.

erklärt[1], und würde schon dieser besondere Charakter der mortis causa donatio die Verallgemeinerung der hier getroffenen Regelung für die Anwendung der condictio auf alle Anwendungsfälle der condictio ob causam verbieten, so ist doch dieser Gefahr auch schon durch den beschränkten Inhalt des Reurechtes selbst in diesem Falle vorgebeugt. Denn auch in diesem Falle tritt die condictio unter Umständen auf, die sie der von Erxleben gefundenen Formel unterwerfen[2]. Danach macht den Grund der Rückforderung nicht die Willkür des Gebers aus, sondern dessen dem Empfänger schon bei Abschlufs des Rechtsgeschäftes ersichtlich gewordene Absicht, dafs er nur unter dieser bestimmten Voraussetzung hingeben, für den Fall ihres Nichteintrittes aber sich die Rückforderung vorbehalten wolle[3]. „Soll also," sagt Erxleben[4], „derjenige, welcher etwas ob rem gegeben hat, auf Grund der in ihm vorgegangenen Sinnesänderung willkürlich den Eintritt der Voraussetzung hindern und dadurch die Rückforderung willkürlich für sich begründen können, so mufs diese Absicht entweder ausdrücklich von ihm erklärt sein oder doch aus den Umständen erkannt werden können." Damit ist allerdings der Versuch beseitigt, die condictio auf den einseitigen subjektiven Willen des Klägers zurückzuführen. Allein die Art der Widerlegung legt die Annahme nahe, die Schenkung auf den Todesfall und ähnliche Thatbestände als Rückgabevertrag anzusehen, dessen Wesen darin zu suchen wäre, dafs „die Zuwendung erklärtermafsen nur dann Geltung und Wirksamkeit haben soll, wenn der Schenker den Beschenkten nicht überlebt[5]". Doch solcher Auffassung wird mit Recht entgegengehalten, dafs ein derartiges Übereinkommen „nicht als blofse Vereinbarung der Rückgewähr", sondern „als eine

---

[1] Vgl. Pernice, Labeo III S. 263 ff.; S. 266.

[2] l. 13 § 1, l. 35 § 4 D. 39, 6; vgl. Brinz, Pand. II S. 539 n. 34.

[3] Erxleben, Die condictiones s. c. II. Die cond. c. d. c. n. s. S. 329 ff.

[4] l. c. S. 383.

[5] Pfersche, Bereicherungskl. S. 156.

wirkliche Nebenabrede der Übereignung" erscheinen müfste. In diesem Falle aber wäre es unerklärlich, wie „ein solches formloses pactum im römischen Vertragsystem zu einer Klage, noch dazu zu einem strictum iudicium" führen sollte[1].

Weder die Voraussetzung überhaupt noch das Reurecht insbesondere, noch auch der Rückgabevertrag können demnach als Grundlage der condictio causa data causa non secuta gelten. Wohl aber werden die Schenkung von Todes wegen und die Dosbestellung als ihre beiden hauptsächlichsten Anwendungsformen den Weg weisen müssen zur richtigen Erkenntnis der Grundlage dieser Kondiktion. Die Schenkung von Todes wegen nun ist im Grunde genommen nichts anderes als Schenkung unter einer bestimmten Bedingung. Ihre ursprüngliche Form war die „Schenkung unter Lebenden mit Rücksicht auf den wahrscheinlich bevorstehenden Tod". Es dürfte daher „anfänglich überhaupt zweifelhaft" gewesen sein, „ob der Schenkgeber zurückfordern dürfe, wenn er wieder gesund würde oder die Gefahr glücklich überstand[2]". Schon allein hieraus ergiebt sich, dafs die condictio nicht als primäre und regelmäfsige Folge der Schenkung von Todes wegen gedacht war. Ihr Verhältnis zur mortis causa donatio wird unter dieser Voraussetzung vollkommen klar aus den Worten des Paulus[3]: qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi; nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea, quae dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias aut ut ego aliquid faciam aut ut Lucius Titius aut ut aliquid optingat et in istis condictio sequitur[4].

Allerdings wäre es „eitel Klügelei, wollte man leugnen, dafs hier eine Übereinkunft als Grundlage der condictio von

---

[1] Pernice, Labeo III S. 272.

[2] Pernice, Labeo III S. 279.

[3] l. 35 § 3 D. h. t. 39, 6.

[4] Über die unklaren Schlufsworte vgl. Mommsen, Digesten, ad h. l.; Pernice, Labeo III S. 280 n. 1.

den Juristen angenommen worden sei"[1]. Doch darf diese Übereinkunft nicht im Sinne des kurz zuvor verworfenen Rückgabevertrages aufgefafst werden. Das Verhältnis zwischen condictio und Übereinkunft scheint vielmehr dadurch deutlich zum Ausdrucke gebracht, dafs zu dessen Verständnis die Analogie der Innominatkontrakte herangezogen ist. Wie beim Innominatkontrakte die condictio nur dann in Wirksamkeit tritt, wenn die eigentlich gewollte Übereinkunft nicht zu stande kommt, so tritt auch bei der Schenkung von Todes wegen die condictio nur dann ein, wenn die Schenkung nachträglich hinfällig wird. Die condictio entspringt auch hier nicht unmittelbar aus einer Übereinkunft auf Rückgabe, sondern sie entsteht aus Anlafs der Rechtsunwirksamkeit der beabsichtigten Schenkung. Das ergiebt sich schon daraus, dafs die Schenkung als einseitiger Verpflichtungsakt zunächst nur eine Verbindlichkeit des Schenkers erzeugt, während eine Klage des Schenkers erst unter der Voraussetzung denkbar wird, dafs seine Verpflichtung sich als rechtsunwirksam erweist. Auch die Schenkung von Todes wegen zerfällt nicht in zwei selbständige Geschäfte. Sie hat lediglich den Charakter eines bedingten Geschäftes, dessen bedingte Geltungskraft bald aus einer besonderen Nebenabrede, bald nur aus den besonderen Umständen des Geschäftsabschlusses hervorgeht. Auch die ausdrückliche Nebenabrede aber vermag nicht für sich allein die Grundlage einer selbständigen Klage zu bilden. Daher kann auch bei der mortis causa donatio die condictio nicht als Geschäftsklage aus einer Nebenabrede auf Rückgabe, nicht aus einem eigentlichen Rückgabevertrage hervorgehend gedacht werden. Vielmehr stützt sich die condictio auch hier auf den Rückforderungsanspruch aus Anlafs der Rechtsunwirksamkeit des ursprünglich beabsichtigten Geschäftes. Auch im Rahmen der Schenkung von Todes wegen kommt der condictio nur die Rolle der Anfechtungsklage des rechtsunwirksamen Geschäftes zu.

---

[1] Pernice, Labeo III S. 281.

Ähnlich verhält sich die Sache bei der Bestellung einer dos. Bereits in anderem Zusammenhange wurde darauf hingewiesen, dafs erst Servius Sulpicius dem Gedanken an die Rückforderung der dos Eingang in das Civilrecht verschaffte. Daran wurde die Bemerkung geknüpft, dafs diese späte Entwickelung die Annahme ausschliefse, als ob früher die Rückforderung der dos im Wege der condictio möglich gewesen wäre. Ebenso wurde bereits betont, dafs auch später die condictio unzulässig war „so lange die ungültige Ehe oder das Verlöbnis äufserlich besteht[1]". Aus dem Zusammenhalte dieser Sätze aber ergiebt sich, dafs die condictio auch im Gebiete der dos nicht von dem freien Ermessen des Klägers abhängig gemacht war, weder in der besonderen Gestalt des Reurechtes noch auch von seinem subjektiven Willen überhaupt.

Weder die condictio indebiti noch die condictio causa data causa non secuta sind daher in erster Linie oder doch vorwiegend auf ein subjektives Willensmoment abgestellt. Es ist nach dem Stande der Quellen ebenso unbegründet, die condictio indebiti unbedingt aus dem entschuldbaren Irrtum des Zahlenden hervorgehen zu lassen, wie es unzutreffend ist, als den Klagegrund der condictio causa data causa non secuta den Wegfall einer den Willen beschränkenden Bedingung oder Voraussetzung anzusehen. Für die condictio indebiti scheint sich dies aus einer einfachen Erwägung zu ergeben:

> Si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit, negotium enim contractum est inter eos[2].

Mit diesen Worten gesteht Ulpian die condictio indebiti für einen Fall zu, wo von einem Irrtum des Zahlenden wenigstens nicht unbedingt gesprochen werden kann. Denn im zweiten Falle wäre jedenfalls auch dann an die condictio zu denken, wenn nur ein Rechenfehler, andererseits viel-

---

[1] Pernice, Labeo III S. 269.
[2] l. 2 pr. D. 12, 6; vgl. Pernice, Labeo III S. 247.

leicht auch dann, wenn sogar ein Rechtsirrtum unterlaufen ist. In keinem dieser Fälle läge aber ein solcher Irrtum vor, der regelmäfsig für die Zuständigkeit der condictio indebiti vorausgesetzt wird. In der That sehen sich denn auch die Vertreter der Irrtumslehre durch diese und ähnliche Fälle[1] zu der Einschränkung genötigt, dafs die condictio indebiti, selbst wenn ein Irrtum nicht vorliege, dennoch Platz greife, falls „die Bezahlung der Nichtschuld unter solchen Umständen geschehen ist, welche die Vermutung, dafs der Zahlende habe schenken wollen, ausschliefsen[2]“. Damit ist aber auch zugestanden, dafs der Irrtum als solcher nicht primäres Erfordernis zur Begründung der condictio ist, sondern nur ein Kriterium neben anderen, um die Natur des unterliegenden Rechtsgeschäftes, dessen Rechtswirksamkeit oder Rechtsunwirksamkeit zu erkennen.

Gerade der zweite Teil der in Rede stehenden Stelle scheint dagegen das ausschlaggebende Moment für die Zulässigkeit der condictio unter den gegebenen Voraussetzungen anzudeuten: negotium enim contractum est inter eos. Darauf kommt es an, ob ein Geschäft zwischen den Parteien zu stande gekommen ist. Erst wenn das Vorhandensein eines solchen aufser Frage steht, kommt der weitere Umstand in Betracht, ob die condictio auf Grund solches Geschäftes Platz greifen könne. Nicht der mangelhafte Parteiwille genügt an sich schon, um die Zulässigkeit der condictio indebiti zu begründen. Vielmehr mufs vor allem ein objektives Rechtsgeschäft vorliegen.

Ebenso aber verhält es sich mit der condictio causa data causa non secuta. Weder die mortis causa donatio noch die Dosbestellung führen zur condictio aus dem Grunde, weil eine einseitig und subjektiv gesetzte Voraussetzung nicht eingetreten ist. Ebensowenig ist aber auch in anderen Fällen in dem Wegfall einer solchen Voraussetzung der Rechtsgrund der condictio zu erblicken. Nicht nur gewähren

---

[1] Vgl. Pernice, Labeo III S. 248 ff.
[2] Glück, Pand. XIII S. 124.

die Quellen für solche Annahme keinen Anhaltspunkt, sondern es ist im Gegenteil „eine ganze Reihe von Aussprüchen und Entscheidungen römischer Klassiker“ „mit der so übermäfsig gesteigerten Bedeutung des einseitigen Willens unverträglich[1]“. Teils findet die condictio statt, weil das „vom Empfänger abgegebene Versprechen nicht oder nicht gehörig erfüllt, weil nicht Wort gehalten worden ist[2]“. Teils wird die Rückforderung zugelassen, „wenn und weil der Empfänger weifs, dafs ihm eine Verpflichtung obliegt, und er sie trotzdem nicht erfüllt[3]“ u. a. m.[4] Nirgends ist also auch bei der condictio causa data causa non secuta das subjektive Willensmoment derart in den Vordergrund gerückt, dafs es im einzelnen Falle von ausschlaggebender Bedeutung für ihre Zulässigkeit würde. Vielmehr mufs auch für diese Anwendungsform der condictio das objektive Recht als Wegweiser dienen. Unterscheiden sich doch auch äufserlich „die Stipulationen gar nicht unter sich, mögen sie schenkungs- oder zahlungshalber geschehen[5]“ Auch die condictio causa data causa non secuta findet ihren Rechtsgrund nur in der Rechtsunwirksamkeit der vollzogenen Leistung, in deren unrechtmäfsiger Retention. Das Unrecht des Empfängers besteht nur häufig lediglich darin, dafs er die Sache „dem ihm bekannten widerstrebenden Willen des Gebers zum Trotz festhält[6]“. Insofern steht nicht so sehr die condictio als die sie erzeugende Rechtsunwirksamkeit unter Umständen wenigstens unter dem Einflusse eines subjektiven Willens.

Das objektive Recht aber ist es, das auch für die übrigen Erscheinungsformen der condictio sine causa den Ausschlag

---

[1] Pernice, Labeo III S. 284.

[2] Pernice, Labeo III S. 284; l. 4 D. 12, 4; l. 8 § 8 D. 16, 1; l. 16 D. 16, 1; l. 1 § 4 D. 19, 4.

[3] Pernice, Labeo III S. 285.

[4] Pernice, Labeo III S. 284 ff.

[5] Pernice, Labeo III S. 197, vgl. l. 19 § 5 D. 39, 5.

[6] Pernice, Labeo III S. 290.

giebt. Die condictio ob turpem vel iniustam causam greift Platz, gleichgültig ob die Parteien beim Geschäftsabschlusse sich dessen bewufst waren, dafs ihr Geschäft iniustum oder turpe war oder nicht. Entscheidend für den widerrechtlichen oder schimpflichen Charakter einer Vereinbarung ist vielmehr das objektive Recht. Mögen die Parteien noch so sehr wünschen, dafs es Bestand habe, die Mifsbilligung der Rechtsordnung beraubt es seiner Rechtswirksamkeit. Die einzige Wirkung, die solches rechtlich mifsbilligtes Geschäft erzeugt, ist eben die, dafs es den Teil zur Rückforderung berechtigt, von dessen Seite keines jener Momente gesetzt ist, das dem Geschäfte seinen rechtswidrigen Charakter verleiht[1]. Ebenso aber verhält es sich auch mit der condictio sine causa im eigentlichen Sinne. Auch die causa, deren Mangel oder Wegfall hier zur condictio berechtigt, mufs anscheinend dem objektiven Rechte angehören[2].

Die condictio scheint demnach allerdings in jeder ihrer Formen aus einem Thatbestande zu entspringen, der sie als die Rückforderungsklage solcher Leistungen erscheinen läfst, die in Erfüllung eines aus Gründen des objektiven Rechtes anfechtbaren oder nichtigen Geschäftes erfolgt sind. Dies zeigt sich insbesondere auch dann, wenn die Wirksamkeit der condictio auf den verschiedenen Gebieten des Rechtslebens, auf dem der Kontrakte, der klaglosen Vereinbarungen und der letztwilligen Verfügungen im einzelnen verfolgt wird.

Wenden wir zunächst unsere Aufmerksamkeit der ersten dieser drei Gruppen, den Kontrakten zu, so kann an der Zulässigkeit der condictio in solchen Fällen nicht mehr gezweifelt werden, nachdem bereits wiederholt derartige Beispiele in den Kreis der Betrachtungen gezogen worden sind. Für das allgemeine Verhältnis der condictio zur jeweiligen Kontraktsklage scheint aber insbesondere eine

---

[1] l.l. 1, 2 u. s. w. D. 12, 5.
[2] l.l. 1, 2 u. s. w. D. 12, 7.

Entscheidung Ulpians[1] lehrreich, die zwei Fälle wohl unterscheidet. In dem einen ist der Mietzins für ein ganzes Jahr im vorhinein entrichtet, während die Wohnung bereits nach dem ersten Halbjahre für den Gebrauch des Mieters untauglich wird. In dem anderen Falle zahlt der Mieter irrtümlich einen höheren als den bedungenen Mietzins. Im ersten Falle nun läfst Ulpian den Mietzins für das zweite Halbjahr mit der Kontraktsklage selbst zurückfordern, im zweiten Falle dagegen greift er zur condictio. Der Grund für diese divergierende Entscheidung scheint offensichtlich. Im ersten Falle ist die eingetretene Unmöglichkeit, der die Klage ihre Entstehung verdankt, eine solche, die zu den vom Mietvertrage normalerweise umspannten Eventualitäten zählt. Sie fällt daher in den Bereich der ordentlichen Kontraktsklage. Im zweiten Falle dagegen liegt eine Vertragswidrigkeit vor, die aus der Reihe der ordentlichen Begleiterscheinungen des Kontraktes herausfällt. Der Vertrag wird dadurch anfechtbar. Der Grund der Anfechtbarkeit liegt aber aufserhalb des Rahmens der Vertragsübereinkunft. Er mufs daher durch ein aufserkontraktliches Rechtsmittel geltend gemacht werden. Die aufserkontraktliche Anfechtungsklage einer vertragswidrigen Leistung ist nun die condictio[2].

Diese Zweckbestimmung der condictio läfst sich durch alle ihre Anwendungsfälle im Gebiete der civilen Verträge verfolgen. Die sorgfältigste Behandlung hat aber diese wie manche andere Frage im Rahmen der emptio venditio gefunden: Wer eine Sklavin, die ihm fideikommissarisch unter der Auflage ihrer Freilassung hinterlassen war, mit Verschweigung dieser Auflage verkauft, ist dem Käufer, der hernach zu ihrer Freilassung genötigt ist, zum Ersatze des Kaufpreises verbunden. Diesen Ersatz macht der Käufer jedoch nicht mit der condictio geltend. Hierzu genügt ihm

[1] l. 19 § 6 D. 19, 2.

[2] Vgl. auch l. 17 § 3 D. 3, 4; l. 3 §§ 2 u. 3 D. 11, 6; Jacobi, Dogm. Jhrb. IV S. 260 n. 122.

vielmehr empti iudicium. Denn der Grund dieses Rückforderungsanspruches ist die Haftpflicht des Verkäufers für das habere licere des Käufers. Diese Haftpflicht macht aber einen wesentlichen Bestandteil des Kaufvertrages aus und fällt daher, soweit nicht die ädilicischen Rechtsmittel Platz greifen, in den Wirkungskreis der Kontraktsklage selbst. Denn durch solche Umstände wird der Kontrakt zwar verletzt, allein in seinem rechtlichen Bestande nicht erschüttert[1].

Wo dagegen ein Kauf beabsichtigt und thatsächlich auch geschlossen, jedoch rechtlich nicht wirksam wurde, da kann die einseitig vollzogene Leistung nur mit Hilfe der condictio zurückgefordert werden. Denn in solchen Fällen fehlt es an der notwendigen Grundlage für die Kontraktsklage, die nur auf einem rechtsverbindlichen Vertrage fufsen kann. In solchen Fällen handelt es sich um die Anfechtung einer thatsächlich vollzogenen Vertragsleistung mangels des gültigen Bestandes des Vertrages. Solche Fälle aber sind der Kauf einer Sache, die zur Zeit des Vertragsschlusses nicht mehr vorhanden[2] oder aus dem Verkehre ausgeschieden[3] ist; ein Kaufvertrag, dem es wegen eines wesentlichen Irrtums der einen oder der andern Partei an der erforderlichen Willensübereinstimmung fehlt[4]; der Abschlufs eines vom Gesetze mifsbilligten Kaufes[5] u. a. m.

In demselben Verhältnisse stehen aber Kontraktsklage und condictio auch anderwärts. So wird im Falle des Kommodats ähnlich wie in dem früher besprochenen Falle der Miete eine irrtümlich erfolgte Mehrleistung nicht mit der Kontraktsklage, sondern mit der condictio zurückgefordert[6]. Zweifelhaft erscheint es dagegen Ulpian[7] be-

---

[1] l. 43 D. 19, 1.
[2] l. 57 D. 18, 1; l. 7 D. 18, 4; l. 8 D. 18, 6.
[3] l. 23 D. 18, 1.
[4] l. 41 D. 18, 1.
[5] l. 52 D. 18, 1.
[6] l. 18 D. 4, 3.
[7] l. 2 D. 12, 7.

zeichnenderweise, ob der fullo die Ersatzleistung für die in seiner Anstalt verloren gegangenen Kleider mit der Kontraktsklage oder mit der condictio zurückzufordern hat, wenn der Eigentümer nachträglich wieder in den Besitz seiner Kleider gekommen ist. Ulpian neigt zu der Annahme, dafs in solchem Falle die Kontraktsklage zuständig sei. Denn die Rückforderung der Ersatzleistung erscheint ihm sowie die Ersatzleistung selbst nicht als eine Anfechtung, sondern nur als eine Modifikation des Vertrages. Nur die Autorität des Cassius vermag ihn daher dazu, mit einer gezwungenen Erklärung die condictio wenigstens unter Umständen für zulässig zu erklären[1]. Ebenso umfafst auch die actio pigneraticia alle Eventualitäten, die in den Kreis der ordentlichen Begleiterscheinungen des Pfandvertrages sich einfügen lassen[2]. In diesem Rahmen ist für die condictio kein Raum. Dasselbe gilt auch vom depositum, vom mutuum[3] und von der Stipulation. Auch in solchen Fällen greift die condictio als Anfechtungsklage nur insoweit Platz, als das beabsichtigte Geschäft rechtsunwirksam ist, sei es nun, dafs die Stipulation vi extorta[4] ist oder dem Intercessionsverbote für Frauen widerstreitet[5].

Schliefslich sei noch mit wenigen Worten des Bürgschaftsverhältnisses gedacht. Der Bürge, der im Auftrage eines Anderen Bürgschaft geleistet und an den procurator creditoris gezahlt hat, kann sich mit der actio mandati bei seinem Auftraggeber Regrefs erholen. Hat er jedoch in Erfüllung seiner Bürgenpflicht die Zahlung an einen falsus procurator geleistet, so kann hierfür dem Auftraggeber regelmäfsig keinerlei Haftung auferlegt werden. Der Bürge hat vielmehr nur ein Anfechtungsrecht gegenüber dem Zahlungsempfänger selbst[6]. Ebenso kann der Bürge, der

[1] Vgl. Jacobi, Dogm. Jhrb. IV S. 260 n. 122.
[2] l. 50 § 1 D. 23, 3.
[3] l. 18 D. 12, 1.
[4] l. 7 D. 12, 5.
[5] l. 19 D. 16, 1.
[6] l. 26 D. 17, 1.

iure liberatus dennoch gezahlt hat, sich nicht an den Hauptschuldner halten, sondern nur vom Gläubiger mit condictio zurückfordern[1]. Auch hier dient demnach die condictio zur Ausübung von Rückforderungsansprüchen, die zwar aus einem Vertragsverhältnisse entstanden sind, zu deren Geltendmachung aber die Vertragsklage vermöge ihrer Struktur und Zweckbestimmung nicht zureicht. Diese kurzen Andeutungen dürften genügen, um die Annahme zu rechtfertigen, dafs die condictio im Gebiete der civilrechtlichen Verträge die Funktion einer Klage zu versehen hatte, die dazu diente, Rückforderungsansprüche zu realisieren, die aus Anlafs eines Vertrages entstanden sind, der entweder niemals zu Recht bestanden hatte oder zur Zeit der Klagsanstellung aufgehört hatte, zu Recht zu bestehen. Die condictio sollte dem Kläger die Möglichkeit gewähren, eine Leistung anzufechten, die der Rechtswirksamkeit entbehrte, sei es nun, dafs der Vertrag, auf Grund dessen sie erfolgt war, an sich rechtlich unhaltbar war, oder dafs die betreffende Leistung mit der unterliegenden Vereinbarung im Widerspruche stand. Die condictio setzt also in diesen Fällen ein Rechtsgeschäft voraus, das in der angefochtenen Leistung eine seiner Natur und Zweckbestimmung widerstreitende Gestalt angenommen hat. Das Rechtsgeschäft ist durch diese Leistung oder wenigstens diese Leistung des Rechtsgeschäftes ist rechtsunwirksam. Dabei ist der Begriff der Rechtsunwirksamkeit im weitesten Sinne zu nehmen, nicht im Sinne der ein Delikt begründenden Strafwürdigkeit, sondern im Sinne der civilrechtliche Folgen nach sich ziehenden Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit. Im modernen Rechtssinne genommen könnte daher die condictio als allgemeine Anfechtungsklage bezeichnet werden, wenn nicht die neuere Gesetzgebung mit diesem Begriffe eine ganz specifische Bedeutung verknüpfen würde.

Was hiermit für die condictio festgestellt werden konnte, so weit sie an die Stelle der Kontraktsklage tritt, das ist

---

[1] l. 59 D. 12, 6.

nunmehr auch für die formlosen Vereinbarungen, für die Verwendung der condictio aus Anlafs eines Paktums zu erweisen. Auch für diese Anwendungsfälle der condictio soll nicht eine erschöpfende Darstellung versucht, sondern nur eine Reihe der bemerkenswertesten Erscheinungen herausgegriffen werden. Der Hauptfall, der zu dieser Gruppe zu zählen wäre, die Schenkung von Todes wegen wurde jedoch bereits vorweggenommen. Für diese konnte bereits die Annahme begründet werden, dafs die condictio nicht in dem subjektiven Parteiwillen, sondern in der objektiven Rechtswidrigkeit ihren Entstehungsgrund hatte, dafs sie auch nicht auf einem selbständigen Rückgabevertrag beruhte, sondern der Anfechtung der nunmehr rechtswidrigen Schenkung, besser der nunmehr rechtswidrig zurückbehaltenen Leistung aus der Schenkung diente.

Ebenso wurde ein anderer hierher gehörender Fall, der Innominatkontrakt, schon in anderem Zusammenhange abgehandelt. Dort wurde das Reurecht für das Gebiet der Innominatkontrakte von der Hand gewiesen. Damit konnte zugleich die Auffassung abgelehnt werden, als ob die condictio nach Willkür des Klägers jederzeit an Stelle der actio praescriptis verbis hätte eintreten können. Der Wirkungskreis der condictio mufste vielmehr auf die Fälle beschränkt werden, wo die actio in factum nicht statthaben konnte [1]. Dies sind aber die Fälle, wo das Zustandekommen des durch die Vorleistung eingeleiteten Vertrages ausgeschlossen ist, sei es nun, dafs es an der erforderlichen Willensübereinstimmung der beiden Parteien fehlt, oder dafs die Erbringung der Gegenleistung in dem Augenblick, wo die condictio angestrengt wird, sich bereits als rechtlich oder praktisch unmöglich erwiesen hat.

Als dritter Hauptfall kann die Schenkung unter Ehegatten gelten. Für diese steht es wohl aufser Zweifel, dafs der Grund der Rückforderung weder eine einseitig gesetzte Voraussetzung, noch auch ein Rückgabevertrag sein kann. Denn von alters her galt der Satz, ne inter virum et uxorem

[1] l. 5 § 1 D. 19, 5 u. a. m.

donationes valerent. Wenn daher trotzdem eine solche Schenkung vollzogen wurde, so bedurfte es keiner Voraussetzung noch auch eines Rückgabevertrages, um die Rückforderung sicherzustellen. Mochte die Schenkung eine bedingte oder eine unbedingte, mochte Rückgabe vereinbart sein oder nicht, in jedem Falle stand die Schenkung unter der Sanktion der Nichtigkeit. Diese Rechtsunwirksamkeit also war es, die der condictio in diesen Fällen Geltung und Kraft verlieh. Eine Ausnahme galt nur für die Schenkung divortii causa. Diese war späterhin wenigstens gültig. Doch auch in diesem Falle bedurfte es keiner Nebenabrede, um die Rückforderung für den gegenteiligen Fall sicherzustellen. Vielmehr erhielt die Schenkung erst durch die Scheidung ihre Kraft[1]. Darin liegt wohl ein deutlicher Beweis dafür, dafs in diesen Fällen kein einseitiger Parteiwille und keine Parteiübereinkunft die condictio erzeugte, sondern lediglich die im objektiven Rechte gegründete Rechtsunwirksamkeit.

Als letzte Gruppe der Kondiktionsfälle aus Anlafs formloser Vereinbarungen sei endlich die schon berührte condictio ob turpem vel iniustam causam herangezogen. Der Streit darüber, ob mit diesem Namen nur eine einzige condictio gemeint ist, oder ob sich darunter zwei Spielarten der condictio verbergen, kann heute angesichts der abstrakten Kondiktionenformel wohl als ein müfsiger bezeichnet werden[2]. Jedenfalls aber ist diese Form der condictio „subjektiven" Konstruktionen von jeher am meisten abhold gewesen. Sie erscheint weder mit der Annahme der Hingabe unter einer Voraussetzung vereinbar, noch der Unterschiebung eines Rückgabevertrages zugänglich. Nirgends tritt vielmehr so deutlich wie hier als Grund der Rückforderung die Rechtswidrigkeit der eigentlichen Parteivereinbarung zu Tage. Diese läfst die condictio angebracht erscheinen, mag Rückforderung bedungen sein oder nicht. Im Gegenteil vermag sogar die ausdrücklich bedungene Rück-

[1] l. 11 § 10 D. 24, 1 u. a. m.
[2] Vgl. Baron, Abh. I S. 67 ff.

forderung den nicht zu ihrer Geltendmachung zu berechtigen, qui turpiter dedit[1], während andrerseits zurückgefordert werden kann, wenn auch res secuta sit[2]. Doch nur dem steht die Rückforderung zu, dem die Recktswidrigkeit der Vereinbarung nicht zur Last gelegt werden kann. Dies bezeugen die Quellen so unzweideutig[3], dafs es an einem zureichenden Grunde zu fehlen scheint, an der Allgemeingültigkeit dieses Satzes zu zweifeln. Die Berufung Pfersches[4] auf die Quellen für seine gegenteilige Anschauung ist daher wohl eine vergebliche[5]. Seine Gegengründe allgemeiner Natur prallen aber an der Erwägung ab, dafs Inhalt und Umfang der turpitudo allemal von der herrschenden Zeitströmung abhängig sind. Demgemäfs lassen sich für die turpitudo bestimmte allgemeingültige Normen nicht aufstellen. Die Subsumtion der einzelnen Handlung unter diesen Begriff war vermutlich schon bei den Römern dem Ermessen des Richters anheimgestellt und mufs dies wohl auch heute sein.

Auch im Gebiete der formlosen Vereinbarungen tritt daher die condictio nicht als primäre Geschäftsklage auf, die ihren Grund in dem subjektiven Willen einer Partei oder in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiübereinkunft hat. Ihr Entstehungsgrund ist vielmehr auch hier durch die Rechtsunwirksamkeit des ursprünglich gewollten Geschäftes gegeben. Auch im Gebiete der pacta kommt der condictio die Rolle einer Anfechtungsklage zu. Auch hier ist sie Klage auf Rückforderung einer Leistung, die aus Anlafs eines Geschäftes erfolgte, das entweder von vornherein nichtig war oder durch nachträgliche Umstände nichtig oder anfechtbar wurde.

Eine dritte Klasse von Kondiktionsfällen ergiebt sich endlich aus einer Betrachtung der erbrechtlichen Verhält-

[1] l. 2 § 2 D. 12, 5 u. a. m.
[2] l. 1 § 2 D. 12, 5.
[3] l. 3 D. 12, 5 u. a. m.
[4] Bereicherungskl. S. 179 ff.
[5] Vgl. Windscheid, Pand. II § 423 n. 5.

nisse. Die Hauptfälle sind die Rückforderungsansprüche, die zwischen dem wirklichen und vermeintlichen Erben, die gegen den Legatar und Fideikommissar entstehen, und die aus Anlafs der Kollation in Frage kommen. Auch in diesen Fällen bilden das zwischen den beiden Beteiligten obwaltende Rechtsverhältnis und dessen Unwirksamkeit den Ausgangspunkt der condictio. Dies erhellt einmal daraus, dafs auch hier an den Satz angeknüpft wird: negotium enim contractum est inter eos. Dafür spricht aber auch der Umstand, dafs die Aktiv- und Passivlegitimation zu solcher condictio von dem Gesichtspunkte des Negotiums aus bestimmt werden.

Für die condictio im Verhältnisse zwischen dem wirklichen und dem Scheinerben ist in dieser Beziehung eine von Scaevola herrührende Stelle[1] besonders lehrreich:

Debitor, cuius pignus creditor distraxit, cum Maevio, qui se legitimum creditoris heredem esse iactabat, minimo transegit: postea testamento prolato Septicium heredem esse apparuit. quaesitum est, si agat pigneraticia debitor cum Septicio, an is uti possit exceptione transactionis factae cum Maevio, qui heres eo tempore non fuerit, possitque Septicius pecuniam, quae Maevio ut heredi a debitore numerata est, condictione repetere quasi sub praetextu hereditatis acceptam. respondit secundum ea quae praeponerentur non posse, quia neque cum eo ipse transegit nec negotium Septicii gerens accepit.

Maevius ist unzweifelhaft auf Kosten der Erbschaft des Septicius bereichert. Dennoch soll Septicius weder dem Dritten den von diesem mit dem Scheinerben Maevius geschlossenen Vergleich einwenden, noch auch von Maevius mit der condictio Herausgabe der Vergleichsumme fordern dürfen. Denn Maevius habe weder mit Septicius noch auch in des Septicius Namen mit dem Dritten sich verglichen. Die condictio wird demnach verweigert, weil es an einem

[1] l. 3 § 2 D. 2, 15.

negotium zwischen den Klagsparteien fehlt. Auch in erbrechtlichen Fragen ist daher offenbar die Bereicherung an sich keine genügende Grundlage der condictio. Auch hier ist zur Begründung der condictio ein rechtliches Band zwischen den Interessenten erfordert.

Die Stellung des Scheinerben zum wirklichen Erben hinsichtlich wechselseitiger Rückforderungsansprüche tritt aber vor allem bei der Frage hervor, wie es mit den vom Scheinerben getroffenen Verfügungen hinsichtlich der letztwilligen Anordnungen des Erblassers zu halten sei. Wenn dem Testamentserben die Erbschaft von einem Intestaterben entrissen wird, so ist er diesem zur Restitution der ganzen Erbschaft verbunden, die Rückforderung der schon ausbezahlten Legate ist seine Sache, sein Erfolg in diesen Klagen wird davon abhängig sein, ob er die Legate gegen Kaution „evicta hereditate legata reddi", oder ob er solche, wenn auch ohne Kaution, so doch zu einer Zeit entrichtete, wo solche Möglichkeit noch ausgeschlossen schien[1]. Die condictio ist demnach auch hier nur dem eingeräumt, der zu den Beklagten in unmittelbarer geschäftlicher Beziehung steht, und zwar unter der Voraussetzung, dafs das unterliegende Geschäft hinfällig wurde. Aus demselben Grunde stehen auch im Verhältnisse des Fiduciars zum Fideikommissar die aus den erbrechtlichen Geschäften entspringenden Kondiktionen nur dem Ersteren zu, da nur er gegenüber Dritten als der unmittelbare und eigentliche Geschäftsträger der Verlassenschaft erscheint[2].

Was aber die Rückforderung bereits ausgefolgter Legate durch den Erben überhaupt anbetrifft, so ist in diesen Fällen die rechtsgeschäftliche Grundlage durch das Legat selbst gegeben, das als eine liberale Zuwendung des Erblassers an einen Dritten erscheint, also im Grunde genommen die Natur eines Schenkungsgeschäftes an sich trägt. Der Grund der Rückforderung aber ist regelmäfsig der, dafs

---

[1] l. 17 D. 5, 3; l. 43 D. 3, 5.
[2] l. 16 § 7 D. 5, 3.

entweder die Zuwendung als solche sich in der Folge als eine hinfällige erweist, oder dafs in der Art und Weise der Zuwendung ein Mangel unterlaufen ist, der diese in der Form, in der sie geschehen, als anfechtbar erscheinen läfst. Ein Fall der ersten Art ist die Rückforderung von Legaten aus dem Grunde, weil das Testament, das die Legatsentrichtung auftrug, hinfällig wurde [1], Fälle der zweiten Art die Rückforderung von Legaten, weil die vorgeschriebene Kautionsleistung unterlassen [2], die Prästationspflicht des Erben durch das Ausmafs des Legates überschritten ist [3] u. a. m.

Die Kollation endlich wird zum Grunde einer condictio, wenn der Erbe, der konferiert hat, nachher dennoch die Erbschaft nicht erlangt [4] oder auf sein Erbrecht verzichtet [5].

Läfst sich demnach im Gebiete des Erbrechtes auch nicht für jeden einzelnen Fall das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes im modernen Sinne erweisen, so sind dennoch auch hier die Kondiktionsthatbestände regelmäfsig solche, die den Erfordernissen des Negotiums in dem weiten und gestaltungsreichen Sinne der Römer entsprechen. Auch aus erbrechtlichen Thatbeständen entspringt eine condictio nur dann, wenn ein negotium zu Grunde liegt, das aus diesem oder jenem Grunde rechtsunwirksam ist oder geworden ist. Doch zu dieser Voraussetzung mufs noch die andere treten, dafs das negotium zwischen den Personen obwaltet, die sich im Kondiktionsprozesse als Gegner gegenüberstehen.

In der That scheint also nicht ein subjektives Willensmoment, sondern das objektive Recht das gemeinsame Kriterium zu enthalten, das dem einheitlichen Charakter der condictio entspricht. Dieses gemeinsame Merkmal scheint wirklich in dem Gedanken der Rückforderung gelegen, der sämtlichen Erscheinungsformen der condictio innewohnt.

---

[1] l. 2 D. 12, 4; l. 28 (27) § 16 D. 36, 1; l. 58 D. 12, 6.
[2] l. 3 § 10 D. 35, 3; l. 22 (21) D. 36, 1; l. 69 D. de leg. II.
[3] l. 62 (60) D. 36, 1.
[4] l. 13 D. 12, 4.
[5] l. 3 § 5 D. 37, 6.

Diese Rückforderung aber gründet sich auf einen Vertrag in den Fällen des Darlehens, der Stipulation und des Litteralkontraktes. Sie stützt sich auf die Rechtsunwirksamkeit eines Vertrages, einer formlosen Vereinbarung oder eines erbrechtlichen Geschäftes in den Fällen der condictiones sine causa. Sie beruht endlich auf dem Eigentumsanspruche im Falle der condictio furtiva.

§ 25. Der Einflufs der Justinianischen Kompilation.

Kann nun auch für das klassische Recht behauptet werden, dafs die condictio nicht die Natur einer Bereicherungsklage gehabt, sondern als Anfechtungsklage der Rückforderung rechtsunwirksamer rechtsgeschäftlicher Leistungen gedient habe, so könnten doch die Veränderungen, die Justinians Gesetzgebung an dem prozessualen Wesen der condictio vornahm, auch auf ihre materiellrechtliche Struktur eine erhebliche Rückwirkung ausgeübt haben.

Die Justinianische Rechtsbildung hat aber namentlich vier neuartige Erscheinungen in die Kondiktionenlehre eingeführt: die condictio generalis, die condictio incerti, das Reurecht und die condictio ex lege. Es kann daher eine Untersuchung in der Richtung nicht vermieden werden, ob eine dieser Neuerungen die condictio auf eine andere als die bisherige Grundlage gestellt hat.

Die condictio generalis, deren Urbild die wiederholt erwähnte l. 9 D. R. C. (12, 1) wiedergiebt, wird in dieser Stelle zuständig erklärt „ex omni causa et ex omni obligatione, ex qua certum petitur.“ Aus diesen Worten aber, daran ist selbst von den Gläubigsten der Gläubigen niemals gezweifelt worden, folgt nur, dafs die condictio von nun an die verschiedensten Klagen zu vertreten imstande sein soll. Dagegen ist dadurch kein Anspruch der condictio unterworfen, der bisher der Klagbarkeit überhaupt ermangelte. Durch diese Modifikation der condictio ist daher nur das prozessuale Bild des Klagensystems gegenüber dem bisherigen Rechts-

zustand verschoben, jedoch der Stand der materiellen Klagegründe in keiner Weise verändert oder gar erweitert.

Bedeutungsvoller könnte es dagegen erscheinen, dafs der Gegenstand der condictio durch Justinian verändert worden ist. Er hat neben das certum auch das incertum als Objekt der condictio gestellt. In der That leugnet denn Baron[1] auch, dafs die condictio incerti stets Rückforderungsklage gewesen sei. Er gesteht nur soviel zu, dafs sie nie auf Vertragserfüllung gerichtet gewesen und nie aus Delikten entsprungen, also niemals Geschäfts- oder Deliktsklage gewesen sei. Allein dafs sie „überall da angewandt worden“ sei, wo es zur Geltendmachung einer civilis obligatio an einer civilen Klage fehlte, hat bereits Pernice[2] widerlegt. Eben so hat auch die condictio cautionis an der Grundlage der condictio keine Veränderung vorgenommen. Sie erscheint vorwiegend unter dem Eindrucke des plus debito solutum gewährt[3] und damit in den Rahmen der Rückforderungsklage eingefügt. Die neben den adjekticischen Klagen angeführte condictio aber ist wohl überhaupt keine andere als die regelmäfsige condictio. Sie vermag daher jedenfalls keine Instanz zu bilden gegen den Charakter der condictio als einer Rückforderungsklage auch im Justinianischen Rechte. Besondere Aufmerksamkeit verdient vielleicht nur die condictio possessionis. Dies um so mehr als die Beantwortung der Frage, ob die condictio possessionis, wie Pfersche[4] meint, als Bereicherungsklage bei zufälligem Besitzerwerbe gedient habe, in diesen Zusammenhang verwiesen wurde.

Vor allem nun mufs der Standpunkt Pfersches zurückgewiesen werden, der die condictio possessionis in einem Umfange zu gewähren geneigt ist, der auch Justinan fremd war[5].

---

[1] Abh. I S. 218 ff.
[2] Labeo III S. 211 n. 1.
[3] l. 3 § 10 D. 35, 3.
[4] Bereicherungsklagen S. 59 ff.
[5] Vgl. Trampedach, Sav.-Z. R.A. XVII S. 97 ff.; Pflüger, Sav.-Z. R.A. XVIII S. 106 ff.

Überhaupt nur eine einzige Stelle[1] kann als unzweifelhaftes Zeugnis der condictio possessionis angesehen werden. Den Gegenstand dieser aber bildet nicht eine zufällige Besitzerwerbung, sondern die Hingabe fremden Geldes zur Zahlung, die Besitzübertragung aus dem Titel eines Rechtsgeschäftes. Ebenso ist auch die zur Rückforderung eines precarium[2] gewährte condictio, dafern sie nicht als Ausflufs des Reurechtes, wovon sofort zu handeln sein wird, zu betrachten ist, eben auf das prekaristische Geschäft gestützt. Desgleichen ist die condictio des dominus, der die ihm gestohlene Sache vom Dieb zum Depositum genommen und als solches zurückgestellt hat[3], wenn nicht überhaupt lieber auch im Sinne Justinians als condictio furtiva anzusehen, was mit Rücksicht auf den Zusatz „indebiti" allerdings schwer angeht, so doch auf das rechtsunwirksame depositum gegründet. Die dem Nichteigentümer, der aus dem gepachteten Grundstücke dejiciert wurde, gewährte condictio[4] possessionis sodann mufs wohl, wie schon die Analogie der condictio furtiva andeutet, als aus dem Delikt des Dejicienten entspringend gedacht werden, ebenso wie die dem Pfandgläubiger gewährte condictio possessionis[5] gegen den Dieb der Pfandsache als eine von der klassischen Lehre abweichende Form der condictio furtiva erscheint. Mit diesen Fällen sind aber die Quellenbeispiele, die als solche der condictio possessionis unbedingt angesehen werden müssen, erschöpft. Sie alle aber lassen die condictio auf ein civiles Rechtsgeschäft gegründet oder als Analogie der condictio furtiva erscheinen, keine von ihnen läfst die condictio aus einer zufälligen Ereignung entspringen. Da nun aber die übrigen Fälle der condictio incerti noch viel weniger durch etwas anderes als durch den Umfang und die Art des Klagegegenstandes sich

---

[1] l. 15 § 1 D. 12, 6.
[2] l. 19 § 2 D. 43, 26.
[3] l. 31 § 1 i. f. D. 16, 3.
[4] l. 2 D. 13, 3; l. 25 § 1 D. 47, 2.
[5] l. 12 § 2 D. 13, 1.

von der klassischen condictio unterscheiden[1], so kann auch in dieser Neubildung eine Durchbrechung des bisher geltenden Kondiktionsprincipes, wonach die condictio sich als Rückforderungsklage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte darstellt, nicht erblickt werden.

Als dritte Neuerscheinung des Justinianischen Rechtes ist die uneingeschränkte Zulässigkeit des Reurechtes im Gebiet der Innominatkontrakte sowohl wie in dem der Schenkung zu bezeichnen. Allein durch solches Reurecht scheint nicht so sehr die Grundlage der condictio in diesen Fällen überhaupt abgeändert, als vielmehr nur von einem wesentlich verschiedenen Momente abhängig gemacht. War nämlich bisher die Zulässigkeit der condictio in den Fällen des Innominatkontraktes und der Schenkung dadurch bedingt, dafs das abgeschlossene Geschäft als unerfüllbar oder mangels des Eintrittes der gesetzten Bedingung als hinfällig sich erwies, so ist nunmehr das Eingreifen der condictio schon dadurch hervorgerufen, dafs der zur Ausübung des Reurechtes befugte Kontrahent von der Erfüllung des Rechtsgeschäftes abstehen zu wollen erklärt. In dem einen wie in dem anderen Falle wird das Rechtsgeschäft hinfällig, womit gleichzeitig die Geschäftsklage ihre Kraft verliert und die condictio an ihre Stelle tritt. Nur ist in dem einen Falle der Grund der Rechtsunwirksamkeit ein objektiver, der in der Rechtsordnung und durch die Natur des Geschäftes selbst gegeben ist, während in dem anderen Falle solche Rechtsunwirksamkeit lediglich in der subjektiven Willkür einer Partei ihren Grund hat. Das Zugeständnis des Reurechtes hat daher nicht das Anwendungsgebiet der condictio in materieller Hinsicht erweitert, sondern nur ihren bisherigen Entstehungsgrund, die Rechtsunwirksamkeit eines Geschäftes, in der Richtung verändert, dafs solche Rechtsunwirksamkeit nunmehr nicht nur durch die Normen des objektiven Rechtes, sondern auch durch subjektiven Parteiwillen bewirkt werden kann.

---

[1] Vgl. Bekker, Aktionen I S. 110.

Was endlich die condictio ex lege anbetrifft, so ist ihr Anwendungsgebiet mangels genügender Klarheit der Quellen nur unsicher zu bestimmen. Immerhin scheint sie nicht ausschliefslich durch den Gedanken der Rückforderung geleitet. Jedenfalls aber basiert auch sie stets auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, niemals auf dem Boden zufälliger Bereicherung[1]. Im grofsen und ganzen scheint daher der Schlufs zulässig, dafs die Veränderungen, die durch Justinians Thätigkeit in der Kondiktionenlehre herbeigeführt wurden, mehr weniger nur die prozessuale Gestalt der condictio betrafen, ohne in deren materiellem Rechtscharakter wesentliche Abweichungen hervorzurufen.

§ 26. Gegenstand der Condictio.

Die condictio ist — dies sollen die bisherigen Ausführungen ergeben haben — keine Bereicherungsklage in dem Sinne, dafs ihr Klagegrund die Bereicherung des Beklagten im eigentlichen Sinne des Wortes ist. Sie ist aber — und dies soll nunmehr dargethan werden — auch keine Bereicherungsklage in dem Sinne, als ob sie immer nur auf die Bereicherung, in id quod locupletior factus est, gerichtet gewesen wäre.

Als Gegenstand der condictio kann nur das bezeichnet werden, was der Formel nach vom Beklagten gefordert wird. Das ist aber das, was in dessen Vermögen übergegangen ist. „Die reine Kondiktionenformel hat gar nicht die Möglichkeit, auszudrücken, dafs nur das zur Zeit der Litiskontestation noch vorhandene zurückgewährt werden soll[2]". Nur insofern kommt das tempus litis contestatae in Betracht, als dieser Zeitpunkt, wie bei allen strengen Klagen, so auch bei der condictio für die dem richterlichen Urteilsspruche zu Grunde liegende Schätzung mafsgebend ist[3]. Dafs aber in der That die hingegebene Leistung den Gegenstand der Rückforderung bildet, erhellt wohl am besten daraus, dafs

[1] Vgl. Baron Abh. I S. 218.
[2] Vgl. Pernice, Labeo II S. 266 n. 19.
[3] l. 3 § 2 D. 13, 6.

die Klage unmittelbar auf diese gerichtet wird, selbst dann, wenn sie aufgehört hat, in rerum natura zu sein[1]. Wem der Untergang zur Last zu legen oder wer die Gefahr des Zufalls zu tragen hat, dies zu entscheiden, wird unter Zugrundelegung des Zeitpunktes der Litiskontestation Sache des iudex sein. Allein seine Entscheidung mag sein, welche sie wolle, man wird trotzdem sagen müssen, dafs die hingegebene Leistung den Gegenstand der condictio ausmacht. Denn die Modifikationen, die der Umfang der Leistung im Prozesse erfährt, sind nicht imstande, den abstrakten Gegenstand der condictio zu verändern, sondern nur seine konkrete Gestalt im einzelnen Falle zu beeinflussen.

Es scheint daher nicht ganz zutreffend, wenn Pernice[2] bestrebt ist, eine allgemeine Norm für die Culpahaftung und die Tragung des Zufalles bei der condictio zu gewinnen. Denn diese Frage ist nicht von der Natur der abstrakten, den verschiedenartigsten Rechtsverhältnissen zugänglichen condictio abhängig, sondern vielmehr auf Grundlage des jeweils unterliegenden Rechtsverhältnisses zu entscheiden. Pernice[3] warnt selbst vor der Voreiligkeit, „von der condictio mutui ohne weiteres auf die gleichwertige Behandlung des periculum bei den übrigen Kondiktionen zu schliefsen", wie wohl ihre Formeln ganz die nämlichen sind. Andererseits ist zwar das Argument, dafs „die Fragmente, welche für die Culpahaftung bei Kondiktionen in Frage kommen", „zum gröfseren Teil dem 17. Buche des Paulus zu Plautius entnommen" sind, in dem auch die Stipulationsklage besprochen wird, überaus bestechend für die Annahme, dafs Stipulationsklage und condictio denselben Normen bezüglich der Culpa unterworfen waren. Auch gewinnt dieses Argument noch wesentlich dadurch an Bedeutung, dafs die Behandlung des Damnationslegates hiermit in allen Einzelheiten übereinstimmt. Allein trotzdem leidet diese Beweis-

[1] l. 15 D. 12, 4.
[2] Labeo II S. 262 ff.
[3] Labeo II S. 266.

führung doch auch nach anderer Seite an nicht zu unterschätzenden Schwächen. Fürs erste ist es Pernice selbst nicht entgangen, dafs Stellen vorliegen, in denen sich bei der condictio eine von den Regeln der Stipulationsklage verschiedene Behandlung der Culpafrage zeigt. Ferner ist, von diesen Ausnahmen selbst abgesehen, die Regel doch nur auf Genussachen anwendbar, während die Kondiktionsformel dieselbe ist, ohne Unterschied, ob es um eine Species oder um ein Genus sich handelt.

Für die erstere Frage kommt insbesondere der von Pernice[1] konstatierte Widerspruch zwischen Julian und Paulus in Betracht. Julian nämlich macht den Fiduciar, der einen fideikommissarischen Sklaven tötete, dem Fideikommissar gegenüber haftbar, gleichgültig ob er von seiner fideikommissarischen Haftpflicht Kenntnis hatte oder nicht[2], während Paulus[3] und nach seinem Beispiele auch andere Juristen[4] den Promittenten von jeder Haftung freisprechen, wenn er in Unkenntnis seiner Haftpflicht den geschuldeten Sklaven getötet hat. Pernice[5] meint: „Ein innerer Grund für die Differenzierung der sonst durchaus gleichartigen Klagen wird schwerlich zu entdecken sein.“ Allein er trägt durch diese Annahme offenbar jener Anschauung noch zu viel Rechnung, die sich von dem Gedanken, dafs die condictio gleich anderen Klagen auf bestimmte Rechtsverhältnisse beschränkt gewesen sei, nicht völlig zu emancipieren vermag. Geht man jedoch innerhalb der früher festgestellten Grenzen von dem Baronschen Standpunkt aus, der in der condictio nur eine prozessuale Form für mannigfaltige materiellrechtliche Erscheinungen sieht, so fällt es nicht schwer, auf ein einheitliches Princip der Culpahaftung für die condictio zu verzichten und einen inneren Grund für die Differenzierung des materiellen In-

[1] Labeo II S. 272 f.
[2] l. 91 § 2 D. 45, 1; l. 26 § 2 D. 36, 1.
[3] l. 91 § 2 cit.
[4] l. 65 § 8 D. 12, 6; l. 39 D. 39, 6.
[5] Labeo II S. 273.

haltes der einheitlichen Klageform anzuerkennen. Dieser innere Grund aber ist in der verschiedenen Natur der zu Grunde liegenden materiellen Rechtsgeschäfte zu suchen. Die unbedingte Haftung des Fiduciars, unabhängig von seiner bona oder mala fides, erklärt sich dann aus dem favor testamenti oder allgemeiner gesprochen aus der dem römischen Rechte eigentümlichen strengen Beobachtung letztwilliger Erklärungen, deren Geist es widersprechen würde, wenn factum cuiusquam (die Lesart ist bestritten) alteri damnum adferat. Die Stipulation dagegen erfordert, dafern sie durch culpa perpetuiert werden soll, „eine positive nachteilige Einwirkung auf den Gegenstand der Leistung“, die auf ein subjektives Verschulden des einen Vertragsteiles zurückzuführen ist.

In der zweiten Richtung handelt es sich darum, die Einheit der Kondiktionsformel für Genus- und Speciessachen ohne Unterschied festzustellen.

Pernice[1] ist der Anschauung, „dafs von einem Erlöschen der Genusobligation durch Unmöglichkeit der Leistung nicht wohl die Rede sein kann, dafs also mit der herrschenden Meinung die Kategorie der perpetuatio obligationis durch culpa des Schuldners auf den Fall eingeschränkt werden mufs, wo das Leistungsobjekt ein bestimmter Gegenstand ist“. Dafs diesem Satze für die condictio keine Allgemeingültigkeit zukommt, dafs seine Anwendbarkeit vielmehr von der Natur des jeweiligen materiellen Rechtsgeschäftes, aus dem die condictio im einzelnen Falle entspringt, abhängig ist, wurde bereits zu zeigen versucht. Pernice[2] steht jedoch auch nicht an, anzunehmen, dafs „hiernach ein bedeutender Unterschied zwischen den Formeln auf species und auf genus“ bestanden habe. Sofort aber müssen auch gegen diese Annahme erhebliche Bedenken erwachsen, nachdem ihre Voraussetzung einer durchgreifenden und gleichmäfsigen Verschiedenheit in der Behandlung der

---

[1] Labeo II S. 275.
[2] Labeo II S. 268.

Genus- und Specieskondiktion hinfällig geworden ist. Es kann die gegenteilige Meinung nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden, die der Behauptung entgegentritt[1], „dafs, wenn eine Quantität irrtümlich geleistet worden, die Verpflichtung des unberechtigten Empfängers von vornherein nicht auf Rückgabe der hingegebenen corpora, sondern auf Restitution der Summe — tantundem eiusdem generis — gerichtet sei". Die Behauptung in der Fassung, in der sie hier wiedergegeben erscheint, beschränkt sich allerdings auf die sogenannte condictio indebiti. Allein sollte sich ihre Richtigkeit ergeben, so ist damit doch schon das oben aufgestellte Princip von der allgemeinen Unterscheidung zwischen Genus- und Speciescondictio durchbrochen.

Es scheint nun vor allem notwendig, in der Beweisführung einen Unterschied zu machen zwischen jenen Stellen, die offenbar auf die Prozefsformel der condictio Bezug nehmen und jenen, die nur ihren materiellen Erfolg, die thatsächliche Restitution, im Auge haben. Mandry[2] legt auf diese Unterscheidung zu wenig Gewicht. Daher verliert seine Schlufsfolgerung wesentlich an Überzeugungskraft und Zuverlässigkeit.

Von diesem Gesichtspunkte aus büfst aber die Berufung auf l. 65 § 6 D. 12, 6 zweifellos ihre Bedeutung ein. Sie sagt: in frumento indebito soluto et bonitas est, et, si consumpsit frumentum, pretium repetet. Darin kommt wohl deutlich zum Ausdrucke, dafs die condictio nach Untergang des genus noch immer das pretium ergreift. Allein trotzdem scheint die Frage offen gelassen, ob nicht die Klage auch dann, wenn das genus noch vorhanden wäre, nicht dennoch sofort auf das pretium gerichtet werden könnte. Diese Zweifel werden aber auch nicht durch den Hinweis auf zwei andere Stellen[3] behoben. Denn auch in diesen Fragmenten

[1] Mandry, Zur Lehre vom Gegenstande der Kondiktionen, Archiv f. d. civ. Pr. 48. Bd. S. 220.

[2] Archiv f. d. civ. Pr. 48. Bd. S. 220 ff.

[3] l. 65 §§ 7 u. 8 D. 12, 6; l. 26 § 12 D. eod.

stehen solche Streitgegenstände in Frage, von denen der Kläger schon zur Zeit der Klaganstellung weifs, dafs er auf ihre Restitution in natura nicht rechnen kann. Das Argumentum a contrario, „dafs bis zur Konsumtion das übergebene Getreide in specie zu restituieren ist“, mufs daher wenigstens, so lange es anderer Stützpunkte entbehrt, ein gewagtes genannt werden.

Ebenso können für die Frage nach dem Gegenstande der condictio auch die Worte des Pomponius[1] nicht unbedingt als beweisend gelten: in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur qua datum sit. Denn damit ist vielleicht nur der materielle Inhalt der Darlehensverpflichtung und der Mafsstab für den Spruch des Geschworenen, nicht die Formelfassung gekennzeichnet. Selbst wenn aber diese Worte auf die Formelfassung hindeuten sollten, so wäre doch auch diesen Erfordernissen vielleicht mit dem tantundem entsprochen.

Auf die Formel selbst scheint dagegen allerdings ein Ausspruch des Pomponius[2] hinzuweisen: Si falso existimans debere nummos solvero, qui pro parte alieni pro parte mei fuerunt, eius summae partem dimidiam, non corporum condicam. Auf diese Stelle stützten sich denn auch jene in erster Linie, die eine doppelte Kondiktionenformel anzunehmen geneigt sind, je nachdem es sich um die Rückforderung eines Genus oder einer Species handelt. „Allein mit Unrecht.“ Dernburg[3] und ihm folgend Mandry[4] nehmen mit Berufung auf l. 15 § 1 eod. an, dafs zur Zeit der Klaganstellung bereits commixtio in der Hand des Empfängers eingetreten sei. Nun steht kein Einwand zur Verfügung, der dieser Annahme mit Grund entgegengestellt werden könnte. Trifft sie aber zu, so erscheint es voll-

---

[1] l. 3 D. 12, 1.
[2] l. 19 § 2 D. 12, 6.
[3] Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 155.
[4] l. c. S. 223 f.

kommen natürlich, dafs auch hier nur von einer condictio partis dimidiae die Rede ist, nachdem „die einzelnen Geldstücke nicht mehr in ausscheidbarer Weise im Vermögen des Empfängers existieren.“ Diese Erwägung mufs unzweifelhaft für die Fassung der Klage und für die Conception der Formel mafsgebend sein, so oft es sich um die condictio eines genus handelt. Danach scheint es aber doch einen Unterschied zu machen, ob der Kondiktionsgegenstand noch ungeschmälert vorhanden oder bereits im Gesamtvermögen des Schuldners ununterscheidbar aufgegangen ist. Jedenfalls weicht aber diese Unterscheidung von jener anderen wesentlich ab, wonach von vornherein der Umstand entscheidend sein soll, ob eine Species oder ein Genus in Frage steht. Denn bei dieser Unterscheidung kommt es in erster Linie darauf an, ob die Sache, mag sie welcher Natur immer sein, noch selbständig oder nur mehr ihrem Werte nach vorhanden ist. In diesem Sinne verstanden giebt die Stelle dem Kläger eine Anweisung darüber, wie er sein Begehren um editio formulae einzurichten habe. In dieser Beziehung nun lehrt sie, dafs Kläger in dem Falle, wo der Klagegegenstand nicht mehr in natura und unterscheidbar vorhanden sei, nicht eine auf bestimmte Geldstücke, sondern eine auf eine „ideale Summe“ abgestellte Formel begehren solle, um Schwierigkeiten in iudicio zu vermeiden. Demnach ergiebt sich aus der Stelle nur so viel, dafs die condictio einer zur Zeit der Klaganstellung bereits untergegangenen Sache von vornherein auf deren Wert gerichtet, vom Prätor sofort auf tantundem abgestellt werden konnte. Solche Formelfassung aber scheint nicht der Genuscondictio überhaupt eigentümlich, sondern von der Natur des konkreten Falles abhängig gewesen zu sein.

Dagegen konnte auch die condictio einer Genusschuld auf rem ipsam abgestellt werden. Dies scheint wenigstens ein Ausspruch des Proculus[1] zu beweisen: eos (nummos) dominus .... per condictionem petere potest. Doch dürfte

---

[1] l. 53 D. 12, 6.

freilich auch aus dieser Stelle kaum ein allgemein gültiger Schlufs auf die Natur der Genuscondictio gezogen werden können.

Immerhin legen aber diese Stellen zusammengenommen den Schlufs nahe, dafs die Intentio der Kondiktionenformel je nach Verschiedenheit des Klaganspruches verschieden gefafst sein konnte. Nur ist der Grund dieser Verschiedenheit nicht so sehr in dem Gegensatze der Species- und Genussachen als vielmehr in dem Umstande zu suchen, ob die Sache zur Zeit der Klaganstellung noch vorhanden war oder nicht. Jedenfalls aber kann der Unterschied nur in der intentio gelegen sein, denn die condemnatio war in allen Fällen von vornherein auf den Geldwert der im Streite verfangenen Sache abgestellt. Ist der Grund der Verschiedenheit in der Formel aber der angegebene, so schwindet auch die Beweiskraft jener Stellen für die Annahme einer zweifachen Kondiktionenformel, einer Species- und Genuscondictio, die der condictio die doppelte Richtung auf aut ipsum aut tantundem anzuweisen scheinen. Die Beweiskraft dieser Stellen wird überdies dadurch erheblich abgeschwächt, dafs sie wenigstens teilweise den Anschein erregen, als ob auch durch diese Ausdrucksweise weniger der ursprüngliche Inhalt des Kondiktionsbegehrens als vielmehr der endliche Effekt der Klage, nicht das in der intentio auszudrückende Klagebegehren, sondern die aus dem Urteilspruche resultierende Restitutionspflicht bezeichnet werden sollte. Schliefslich scheint in einigen dieser Stellen der Untergang des eigentlichen Streitgegenstandes von ausschlaggebender Bedeutung,

Dies gilt von l. 7 D. 12. 6: quod indebitum per errorem solvitur aut ipsum aut tantundem repetitur. Die Ausdrucksweise der Stelle läfst es vollständig in Zweifel, ob sie auf die Formel der condictio oder auf den Urteilspruch hinzielt, ob sie sagen will, dafs die condictio von vornherein auf ipsum aut tantundem abgestellt, oder nur, dafs im Falle des Untergangs noch immer tantundem zurückgefordert werden

könne. Pernice[1] zählt sie denn auch zu jenen, die nur sagen wollen, „der Kläger erhalte etwas anderes als er fordere, nämlich Geld.“ Am nächsten liegt jedenfalls die Vermutung, dafs es sich um die Rückforderung einer konsumierten Summe Geldes handle. Dann ist aber die Stelle an die Seite des früher besprochenen Fragmentes zn stellen, das nach der Konsumtion an die Stelle der ursprünglichen Forderung eine „ideale Summe“ treten liefs. In diesem Sinne ist aber andern Ortes[2] auch der Fall ausdrücklich entschieden, wo eine Species in obligatione, aber zur Zeit der Klage bereits untergegangen ist: — huic non rem sed pretium eius condicet. Eine Ausnahme gilt nur für die condictio furtiva. Diese ist auch dann noch auf ipsum gerichtet, wenn der Streitgegenstand längst aufgehört hat, in Natur vorhanden zu sein[3].

Ähnliches kann auch nur aus Marcians Worten[4] geschlossen werden: quod autem indebitum datur aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere quorum neutro modo operae repeti possunt. Denn es liegt zwar nahe, daraus zu schliefsen, dafs aut ipsum aut tantundem „eine umfassende und ausreichende Bestimmung des Restitutionsobjektes abgeben sollen. Allein dann wäre nicht nur die condictio operarum unbedingt undenkbar, sondern es wären auch alle übrigen Restitutionsmöglichkeiten für die condictio ausgeschlossen,“ die „gleich mit der Begründung der obligatio ad restituendum, also ohne die durch Veräufserung, Vermischung, Konsumtion u. dgl. entstehenden Änderungen möglicherweise vorkommen[5]“ können. Nun ist aber das eine so unrichtig wie das andere. Nicht nur andere Juristen[6], sondern Marcian[7] selbst gewähren trotzdem die condictio

[1] Sav.-Z. R.A. XIII S. 251.
[2] l. 19 D. 39, 6, vgl. l. 37 § 1 D. eod.
[3] l. 20 D. 13, 1.
[4] l. 25 D. 19, 5.
[5] Mandry, l. c. S. 225.
[6] l. 26 § 12 D. 12, 6.
[7] l. 40 § 2 D. 12, 6.

operarum. Der Widerspruch Marcians mit sich selbst ist allerdings auffallend, aber für diesen Zusammenhang von keinem weiteren Interesse[1]. Wohl aber ist es bemerkenswert, dafs diese condictio operarum mit den Worten gewährt wird[2]: aliud praestemus, aliud condicimus. Denn darin ist deutlich ausgedrückt, dafs in solchen und ähnlichen Fällen, wo der eigentliche Kondiktionsgegenstand nicht prästiert werden kann, dennoch dieser Gegenstand selbst mit der condictio zurückgefordert, d. h. in die Formel aufgenommen wird.

Die erstbesprochene Stelle hat demnach das Schwergewicht der Entscheidung auf den Umstand gelegt, dafs das indebitum solutum bereits konsumiert ist. Die zweitbesprochene Stelle hat einen Gegenstand im Auge, der schon der Natur der Sache nach nicht in natura zurückgefordert werden kann und dennoch in die Formel selbst aufgenommen scheint. Diese beiden Stellen zusammengenommen scheinen demnach mit zwingender Kraft zu der Annahme zu nötigen, dafs die Kondiktionsformel in allen Fällen dieselbe, auf res ipsa abgestellt war oder doch abgestellt sein konnte. Nur im Urteilspruche, in der thatsächlichen Restitution kam die verschiedene Beschaffenheit des Kondiktionsgegenstandes zur Geltung.

Dieser Schätzungsmafsstab für den Umfang der urteilsmäfsigen Leistung und nichts anderes schwebt wohl auch Paulus[3] vor Augen, wenn er sagt: habitatione data pecuniam condicam, non quidem quanti locari potuit sed quanti tu condicturus fuisses. Diese Auslegung drängt sich schon darum auf, weil andernfalles an eine incerti condictio gedacht werden müfste.

Nur in losem Zusammenhange mit der obschwebenden Frage steht dagegen eine von Mandry[4] hierher gezogene

---

[1] Vgl. Savigny, System IV S. 46, V S. 504; Pernice, Labeo III S. 210 n. 2; Bekker; Aktionen S. 110 n. 33.

[2] l. 26 § 12 cit.

[3] l. 65 § 6 D. 12, 6.

[4] l. c. S. 225.

Codexstelle[1]: usuras autem eius summae praestari tibi frustra desideras, actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est. Abgesehen davon, dafs solche spätrömische Konstitution in keinem Falle für den klassischen Rechtszustand mafsgebend erachtet werden könnte, scheint ihre Diktion weder nach dieser noch nach jener Richtung zwingend. Im Gegenteil scheint die quantitas dem tantundem näher verwandt als dem ipsum. Andererseits soll vielleicht die Betonung: ea sola quantitas das ipsum andeuten. Jedenfalls wird auf solche schwächliche Argumente besser verzichtet, wenn stärkere zu Gebote stehen.

Wenn nun aber der Grundsatz der einheitlichen Kondiktionenformel für die condictio indebiti festgestellt ist, so ist er angesichts der abstrakten Kondiktionenformel wohl für die condictio überhaupt zu behaupten[2]. Daran ist um so weniger zu zweifeln, als nirgends auch nur angedeutet ist, dafs darin eine Absonderlichkeit des indebitum solutum zu finden sei. Diesem Principe widerspricht es auch nicht, wenn das Wesen des Darlehens darin erkannt wird, dafs non eadem res sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur[3]. Denn dadurch ist der Begriff des ipsum nur insoweit verschoben, als nicht die hingegebenen Sachen, wohl aber Sachen desselben Wertes selbst, nicht blofs deren Wert, den Gegenstand der condictio bilden. Der Fall liegt nicht anders wie beim frumentum indebitum solutum . . . . si consumsit frumentum. Für die Formelconception macht dies um so weniger Schwierigkeit, als die Genussache äufserlich stets als dieselbe erscheint, mag nun ipsum aut tantundem gemeint sein. Nur Genussachen stehen aber beim Darlehen in Frage. Ein Unterschied kann sich nur in der materiellen Entscheidung über die Frage äufsern, wen die Gefahr des Untergangs treffe. Diese Entscheidung aber kann, wie bereits gezeigt wurde, ebenso bei Species- wie bei Genussachen ver-

---

[1] l. 1 C. h. t. 4, 5.

[2] A. M.? Mandry, l. c. S. 226.

[3] pr. Inst. 3, 14.

schieden ausfallen. Was aber für die condictio ex mutuo einen Augenblick zweifelhaft sein konnte, das kann für die condictio furtiva von vornherein nicht dem leisesten Bedenken unterliegen. Von ihr wird ausdrücklich gelehrt: in re furtiva condictio ipsorum corporum competit[1] und zwar, nicht nur si vivat servus furtivus sed etiam si decesserit[2]. Natürlich kann im letzteren Falle nicht mehr res ipsa restituiert werden. Dennoch aber ist die Formel auf res ipsa abgestellt.

Für den Gegenstand der condictio konnten also bis nun die Sätze gewonnen werden: die Formel der condictio ist dieselbe, mag ihren Gegenstand eine Species oder ein Genus ausmachen. Diese Formel ist nämlich in jedem Falle auf res ipsa abgestellt. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn schon zur Zeit der Klaganstellung der Streitgegenstand nicht mehr in natura vorhanden oder doch nicht in natura dem Kläger erreichbar ist. In diesem Falle kann schon in der Formel selbst tantundem begehrt werden. Nur ex furtiva causa wurde auch in diesem Falle stets res ipsa in die Formel aufgenommen[3].

Schon allein aus dem Falle der condictio furtiva ergiebt sich aber, dafs der Kondiktionsgegenstand nicht immer mit dem Restitutionsgegenstand identisch sein mufs oder auch nur identisch sein kann. Es wäre daher zumindest vorschnell, von jenem auf diesen unmittelbar zu schliefsen. Die Verwechslung oder richtiger die Identifizierung dieser beiden Begriffe ist denn auch unheilvoll geworden für die Entwicklung der Kondiktionenlehre. Der einheitliche Charakter der condictio behauptet sich dagegen sieghaft gegenüber allen Angriffen, insolange an diesem Gegensatze festgehalten wird. Dieser Gegensatz aber ist begründet, dafern nur die verschiedene Stellung der condictio als Prozefsform und als Klage aus einem bestimmten materiellen Rechts-

[1] l. 8 D. 13, 1.
[2] l. 7 § 2 D. 13, 1.
[3] Vgl. Brinz, Pand. II S. 518 f.; Pfersche, Die Bereicherungskl. S. 14 f.

verhältnisse nicht aufser Auge gelassen wird. Kondiktionsgegenstand ist das mit dem Wesen der condictio unzertrennlich verknüpfte certum. Restitutionsgegenstand aber ist das durch die Umstände des einzelnen Falles modifizierte certum. Das certum des Kondiktionsgegenstandes ist die Leistung an sich, die zurückgefordert wird. Restitutionsgegenstand ist der nach Mafsgabe des jeweils unterliegenden materiellen Rechtsverhältnisses entsprechend modifizierte Klagegegenstand, bald ipsum, bald tantundem, bald nur id quod locupletior factus est. Man kann das Verhältnis dieser beiden Begriffe am besten vielleicht in der Variation einer bekannten Rechtsparömie zum Ausdrucke bringen: Es ist immer res ipsa in obligatione, dagegen bald dies bald das in solutione.

Der Beweis für diese Behauptung fällt nicht schwer. Der Restitutionsanspruch der condictio furtiva ergreift alles, quod interest agentis[1], nicht nur die Sache selbst, sondern alles, was drum und dran hängt, nicht nur den gestohlenen Sklaven an sich, sondern auch eine ihm inzwischen angefallene Erbschaft. Dennoch aber kommt in der Formel selbst, wie kurz zuvor erwähnt wurde, nur res ipsa zum Ausdrucke. Auch die condictio indebiti beschränkt sich nicht in allen Fällen auf ea sola quantitas, quae indebita soluta est, sondern erfafst unter Umständen auch die Früchte[2]. Die condictio ex mutuo dagegen bezweckt immer nur Rückleistung der Sache, wenigstens dem Werte nach. Denn mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus ... sed idem genus.

Trotz Identität der Formel gehen daher die verschiedenen Kondiktionsfälle je nach Verschiedenheit des unterliegenden materiellen Rechtsverhältnisses weit auseinander[3]. Die Frage kann deshalb nur mehr so gestellt werden, ob es eine bestimmte Form der condictio oder einen bestimmten

[1] l. 3 D. 13, 1; vgl. Brinz, Pand. II S. 523.
[2] l. 65 § 5 D. 12, 6 u. a. m.
[3] Brinz, Pand. II S. 516 ff.; Baron, Abh. I S. 122, S. 124 f.; Pfersche, Bereicherungskl. S. 12 ff., S. 15.

materiellen Rechtsanspruch giebt, der die condictio immer nur auf Restitution der Bereicherung gerichtet sein läfst. Diese Frage nun ist zu verneinen.

Die condictio sine causa — die Einzahl als Gattungsname genommen — ist nicht Bereicherungsklage in dem Sinne, dafs sie aus dem Thatbestande zufälliger Bereicherung entspringt. Sie ist es aber auch nicht in dem Sinne, dafs sie regelmäfsig und immer nur auf Restitution der Bereicherung gerichtet wäre. Dies erhellt nicht nur aus einer Reihe schon angezogener Beispiele, die jene oder diese der condictiones sine causa auf Restitution von ipsum gewähren. Es folgt auch mit logischer Notwendigkeit aus der Beobachtung, dafs überall dort, wo die condictio auf Herausgabe der Bereicherung beschränkt sein soll, dieser Umstand ausdrücklich hervorgehoben wird, und dafs diese Beschränkung auch im Gefolge anderer Klagen auftritt. Beides aber wäre unverständlich, wenn die condictio kraft ihrer Natur von vornherein und in allen Fällen solchem Zwecke zu dienen bestimmt wäre[1].

Es erscheint überflüssig, die Fälle, wo dem Rückforderungsanspruche, der mit condictio geltend gemacht wird, eine derartige Schranke gesetzt ist, nochmals aufzuführen, nachdem dies bereits in anderem Zusammenhange in ziemlich erschöpfender Weise geschehen ist. Dort wurde eine objektive und subjektive Bereicherungsgrenze unterschieden, indem bald die Natur des unterliegenden Rechtsgeschäftes, bald die besonderen Eigenschaften der einen oder anderen Partei solche Beschränkung bedingen. Es ist nun sofort einleuchtend, dafs in den Fällen, wo gewisse Eigenschaften einer Partei die Einschränkung des Anspruches auf die Bereicherung herbeiführen, die betreffende Geschäftsklage dadurch nicht zur Bereicherungsklage wird. Solcher Limitierung des Streitgegenstandes, die in zufälligen, in der Person des Verpflichteten gelegenen Umständen ihren Grund hat, kommt vielmehr keine andere Bedeutung zu wie der

---

[1] Vgl. Brinz, Pand. II S. 520 n. 59a.

Einschränkung, die durch ein dem Beklagten eingeräumtes beneficium competentiae veranlafst ist. Nur die zweite Gruppe, die durch jene Fälle gebildet wird, wo die Klage von vornherein in der Hand jedes Klägers und gegen jeden Beklagten lediglich die Bereicherung verfolgt, können also für die Frage in Betracht kommen, ob die condictio Bereicherungsklage im eigentlichen Sinne des Wortes sein konnte. In solchen Fällen wäre der condictio der Charakter einer Bereicherungsklage zuzuerkennen, wenn die dadurch bedingte Restitutionspflicht nicht nur von vornherein lediglich die Bereicherung bezielte, sondern auch nur durch des Beklagten Bereicherung veranlafst wäre. Die condictio wäre in diesen Fällen Bereicherungsklage, so oft sie in der Bereicherung ihren Klagegrund hätte und in der Bereicherung zugleich auch ihren Gegenstand erschöpfte.

Ein solcher Fall nun scheint in jeder Schenkung gegeben. Denn deren Wesen scheint sich regelmäfsig in einer Bereicherung auf der einen und einer entsprechenden Vermögensminderung auf der anderen Seite zu erschöpfen, so dafs die Rückforderung aus der Schenkung in der That nur in der Bereicherung des Beklagten ihren Grund und in der Restitution dieser Bereicherung ihren Gegenstand hätte. Allein diese Annahme mufs gerade vom Standpunkte jener als irrig bezeichnet werden, die in der Herausgabe der noch vorhandenen Bereicherung ein Essentiale der echten Bereicherungsklage erblicken. Müfste doch unter dieser Voraussetzung, wenn anders die Schenkungscondictio echte Bereicherungsklage sein soll, die durch die Schenkung veranlafste Bereicherung regelmäfsig verschieden sein von jener, die schliefslich mit der condictio zurückgefordert wird. Denn die noch vorhandene Bereicherung wird in der Regel der Fälle wenigstens geringer sein als die durch die Schenkung ursprünglich veranlafste. Nun wird aber auch in den meisten Fällen der Schenkung einfache repetitio gewährt, ohne dafs der Bereicherungsgrenze besonders gedacht wäre[1]. Auch

---

[1] l. 2 § 7; l. 3; l. 21 § 1 D. 39, 5 u. a. m.

bei der Schenkungscondictio ist dieser Schranke nur in den Fällen Erwähnung gethan, wo auch andere Klagen aus Gründen subjektiver Natur dieser Taxationsgrenze unterworfen sind. Doch abgesehen davon spricht auch ein anderer Grund dagegen, in jeder condictio aus der Schenkung eine Bereicherungsklage zu erblicken. Schon in den einleitenden Bemerkungen wurde hervorgehoben, dafs lukratives Geschäft und Bereicherung nicht identische Begriffe sind. Dazu kommt nun noch, dafs bei den Römern insbesondere die Schenkung nur eine besondere Kategorie von Rechtsgeschäften oder, wenn man lieber will, einen besonderen titulus adquirendi darstellte. Endlich ist auch bei der Schenkung die condictio nicht regelmäfsige Begleiterscheinung in dem Sinne, dafs sie als primäre Geschäftsklage aus jeder Schenkung entspringt. Vielmehr versieht die condictio auch hier die Funktion einer Rückforderungsklage für den Fall, dafs die Schenkung nicht rechtswirksam ist oder bleibt. Auch in den Fällen der Schenkung kann daher nicht regelmäfsig von einer Bereicherung und einer Bereicherungsklage im eigentlichen Sinne gesprochen werden. Auch die Schenkungscondictio ist nicht regelmäfsig Klage aus der Bereicherung und auf die Bereicherung.

Nicht viel anders liegen aber die Verhältnisse bei der Schenkung zwischen Ehegatten. Ein allerdings wesentlicher Umstand unterscheidet sie freilich von den übrigen Schenkungen. Sie ist in allen Fällen auf die Bereicherung beschränkt: hactenus revocatur .... quatenus locupletior quis eorum factus est. Diese Schranke aber scheint nicht nur für die Rückforderung durch condictio, sondern auch für jene durch Vindikation mafsgebend. Im letzteren Falle äufsert sie sich offenbar darin, dafs zwar die noch in Natur vorhandene Sache selbst vindiziert werden kann, der mit Vindikation belangte Teil aber in allen Fällen hinsichtlich der Restitutionspflicht einem gutgläubigen Besitzer gleichgeachtet wird. Nach Lage des Falles tritt also bald die Vindikation, bald die Kondiktion ein. Schon daraus allein aber scheint sich zu ergeben, dafs nicht die Klage Bereicherungsklage,

sondern das Geschäft Bereicherungsgeschäft ist, dafs die Beschränkung auf die Bereicherung nicht die besondere Klage, sondern das besondere Geschäft die Beschränkung der Klage auf die Bereicherung erzeugt. Nur nach der einen Seite, dafs der Gegenstand auf die Bereicherung beschränkt ist, nimmt daher die condictio auch in diesem Falle die Gestalt einer Bereicherungsklage an. Was den Klagegrund anbetrifft, so ist dieser auch hier nicht in der Bereicherung an sich gelegen. Die condictio entspringt vielmehr auch bei der Schenkung zwischen Ehegatten aus der doppelten Voraussetzung, dafs ein Geschäft geschlossen wurde, und dafs dieser Geschäftsschlufs ein vom Rechte mifsbilligter, daher ein rechtsunwirksamer ist.

Nun wird aber, nachdem sich gezeigt hat, dafs die condictio in keinem Falle zufälliger Bereicherung Platz griff und dafs auch die aus der Schenkung entspringende condictio keine Bereicherungsklage war, schwerlich ein Fall ausfindig gemacht werden können, der die Zuerkennung des Charakters einer Bereicherungsklage für die condictio rechtfertigen könnte. Der Schlufs scheint daher begründet, dafs die condictio Bereicherungsklage nicht war. Sie konnte nur bisweilen in den Schein einer solchen sich hüllen, indem sie unter Umständen nur gerichtet wurde in id quod locupletior factus est. Dieser Schranke aber kommt in Wirklichkeit keine gröfsere Tragweite zu als den anderen Taxationsmafsstäben, die den Spruch des iudex zu modifizieren bestimmt sind, und von denen das wiederholt erwähnte beneficium competentiae der Bereicherungsschranke an Bedeutung zunächst kommen dürfte. Diese Schranke aber ist nicht eine besondere Eigentümlichkeit der condictio allein. Auch dies wurde schon hervorgehoben. Wenn sie aber bei der condictio besonders häufig und deshalb besonders auffällig in die Erscheinung tritt[1], so hat dies seinen Grund lediglich darin, dafs namentlich die Fälle der Beschränkung auf die Bereicherung aus subjektiven Gründen zumeist solche sind,

---

[1] Vgl. Jacobi, Dogm. Jhrb. IV S. 314 f., 319 f.

wo aus denselben Gründen zugleich die Geschäftsklage selbst hinfällig wird. Trotzdem mufs aber daran festgehalten werden, dafs die Beschränkung des Restitutionsgegenstandes auf die noch vorhandene Bereicherung auch bei der condictio eine Ausnahmserscheinung ist, die vielleicht durch ihr häufiges Auftreten die Erkennbarkeit der Regel zu verdunkeln vermag, die aber doch nicht imstande ist, darüber hinwegzutäuschen, dafs die condictio ihrer Formel nach immer auf die Rückstellung des hingegebenen Gegenstandes selbst gerichtet ist, und dafs der thatsächliche im Urteilsspruche zu bestimmende Umfang der Restitutionspflicht je nach dem im einzelnen Falle unterliegenden materiellen Rechtsgeschäfte sich richtet[1].

War daher notwendig der Beweis dafür anzutreten und durchzuführen, dafs die Einheit der verschiedenen Spielarten der condictio, die uns in den Quellen entgegentreten, auch in der Identität der Formel für sie alle, in der Intentio nicht minder wie in ihrem kondemnatorischen Teile, zum Ausdrucke kommt, so ist doch andererseits der Streit ein müfsiger, der sich darüber entsponnen hat[2], ob auch die Restitution immer dieselbe Gestalt habe oder nicht, zumindest die Art der Beweisführung eine verfehlte.

So wenig jemand im Zweifel darüber sein kann, dafs nicht res ipsa restituiert werden kann, wenn die condictio furtiva zu einer Zeit angestellt wird, wo die gestohlene Sache aufgehört hat in rerum natura zu sein, so wenig ist auch ein Zwiespalt darüber am Platze, ob beim Empfange einer Quantität die ausschliefsliche Restitution von tantundem einzutreten habe. Dieser Streit mufs um so unfruchtbarer erscheinen, als ja im römischen Prozesse in jedem Falle, mochte es nun um eine noch vorhandene oder um eine schon untergegangene Sache, um eine Species oder um ein Genus sich handeln, wie auf Geld kondemniert wurde,

---

[1] Vgl. auch Pfersche, Bereicherungskl. S. 137 ff.

[2] Mandry, Arch. für die civ. Prax. 48. Bd. S. 227 ff.; Voigt, cond. S. 326 f.

so auch nur Restitution in Geld, dem Werte des Streitgegenstandes entsprechend, verlangt werden konnte. Nicht der Inhalt des Restitutionsgegenstandes oder die Beschaffenheit dieses selbst kann zweifelhaft sein, da immer nur Bargeld restituiert wird, sondern lediglich Umfang und Mafs der Restitutionspflicht. Für diese aber können angesichts des umfassenden Anwendungsgebietes der condictio feste Regeln nicht aufgestellt werden. Gemäfs der wechselreichen Funktionsfähigkeit der condictio kann auch das Mafs der aus solcher entspringenden Restitutionspflicht verschieden sein, jedenfalls aber — und nur hierauf kommt es im Rahmen dieser Untersuchung an — nicht regelmäfsig und ausnahmslos in der vorhandenen Bereicherung gefunden werden.

§ 27. Der Einflufs des Irrtums auf die Condictio.

Es darf nunmehr wohl als feststehend angenommen werden, dafs die condictio nach aufsen hin zwar, was ihre prozessuale Erscheinungsform anbetrifft, als ein einheitliches Rechtsmittel auftrat, dafs sie aber andererseits ihrer inneren Struktur nach, was ihre materielle Rechtsgrundlage anlangt, innerhalb gewisser Grenzen geeignet war, die verschiedensten Rechtsansprüche zur Verwirklichung zu bringen. In diesem Sinne kann eine Dreiteilung der Kondiktionsgrundlage angenommen werden, je nachdem sie als Geschäftsklage aus den strengen Kontrakten, als Rückforderungsklage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte oder endlich als Eigentumsverfolgungsklage aus dem Diebstahle zu fungieren berufen war. Aus derselben Erwägung ergiebt sich auch, dafs die konkrete Beurteilung und Verwirklichung des Kondiktionsanspruches verschieden ausfallen mufsten, indem diese von dem im einzelnen Falle unterliegenden materiellen Rechtsverhältnisse abhängig waren. Von dieser Voraussetzung wird nun auch auszugehen sein, wenn es sich darum handelt, den Einflufs des Irrtums auf den mit condictio zu verfolgenden Rechtsanspruch klar zu stellen.

Von dem quellenmäfsigen Satze ausgehend: Regula est

iuris quidem ignorantiam cuique nocere facti vero ignorantiam non nocere[1] hat sich die Kontroverse in der vorliegenden Frage regelmäfsig darauf beschränkt, unter Berufung auf dieses oder jenes Fragment sich bald dafür zu entscheiden, dafs auch die condictio diesem Principe unterstehe, bald zu behaupten, dafs die condictio davon ausgenommen sei und auch im Falle eines Rechtsirrtums Platz zu greifen habe.

Den einen, die sich darauf berufen, dafs im Digestentitel über die condictio indebiti — für diese ist ja die Irrtumsfrage vorwiegend von Belang — eine Unterscheidung zwischen Rechts- und Thatirrtum überall nicht getroffen sei, pflegt man entgegenzusetzen, dies sei nicht notwendig, da es sich in Anbetracht der allgemeinen Irrtumsregeln von selbst verstehe, dafs der Irrtum auch in diesen Fällen ein entschuldbarer sein müsse[2]. Die wenigen Stellen aber, die eine condictio auch im Falle eines Rechtsirrtums zu gewähren scheinen, war man bemüht, durch nicht allzu gezwungene Interpretationskünste zu beseitigen; ein Bemühen, das insofern von Erfolg gekrönt war, als heute die erdrückende Mehrheit sich zu dieser Anschauung bekehrt hat. Allein es läfst sich nicht leugnen, dafs eine auf derart schwankender Grundlage aufgebaute Lehre immer wieder Gefahr laufen kann, umgestürzt zu werden, zumal die Interpretationsergebnisse einzelner Quellenstellen leicht dadurch erschüttert werden können, dafs die in fortschreitender Entwickelung begriffene Textkritik die Zuverlässigkeit des Wortlautes der betreffenden Stellen selbst fraglich machen kann. Insonderheit aber scheint es bei einer Frage von so bedeutender Tragweite, wie es die Irrtumslehre ist, die ebenso in philosophischen Erwägungen wie in positiven Rechtssätzen fufst, wenig überzeugend, wenn sie sich auf nichts anderes als auf die bestrittene Auslegung einiger weniger Quellenstellen zu stützen vermag.

---

[1] l. 9 pr. D. 22, 6.

[2] Unterholzner, Lehre von den Schuldverh. II S. 37.

Es kann daher wohl darauf verzichtet werden, diese dürftigen Beweisstellen einer nochmaligen soundsovielten Prüfung zu unterwerfen, um auf Grund solcher zu diesem oder jenem Resultate zu gelangen. Es wird vielmehr angemessener sein, die Lösung der Frage von einem mehr allgemeinen Gesichtspunkte aus zu versuchen.

Ein solcher bietet sich nun in der Erwägung dar, dafs die condictio an sich nichts anderes ist als eine leere Prozefsform, dazu bestimmt, im einzelnen Falle diesen oder jenen materiellen Thatbestand in sich aufzunehmen. Für die condictio an sich fehlt es daher an jedem Anhaltspunkte, um von vornherein zu entscheiden, ob sie nur im Falle eines Thatirrtums oder auch beim Vorliegen eines Rechtsirrtums Anwendung finden könne. Diese Frage kann offenbar erst dann beantwortet werden, wenn feststeht, welcher materielle Rechtsanspruch durch die condictio im einzelnen Falle zur Verwirklichung gebracht werden soll. Die Irrtumsfrage beeinflufst nicht die condictio, sondern nur den einzelnen Kondiktionsanspruch. Es kann nicht gefragt werden, ob die condictio auch im Falle eines Rechtsirrtums Platz greifen könne, sondern nur, ob diese oder jene condictio statthaft sei, wiewohl der ihr zu Grunde liegende Anspruch unter dem Einflusse eines Rechtsirrtums steht.

Es ist daher jede einzelne Anwendungsform der condictio darauf zu prüfen, ob sie auch im Falle eines obschwebenden Rechtsirrtums statthaben könne oder nicht. Für die condictio an sich kann die Frage nach dem Einflusse des Rechtsirrtums überhaupt nicht gestellt, geschweige denn beantwortet werden.

Am einfachsten wird sich die Beantwortung dieser Frage nach der Bedeutung des Rechtsirrtums für die condictio furtiva stellen. Mit dem Irrtum, der bei Beurteilung der Zulässigkeit der condictio in Betracht kommt, kann immer nur der Irrtum des Klägers gemeint sein, denn der Irrtum seines Gegners kann nur diesem, nicht aber dem Kläger ein Rechtsmittel gewähren, entziehen oder verkümmern. Der Irrtum, der die condictio in der Hand des Klägers be-

einflufst, kann aber auch nur ein solcher sein, der den der condictio zu Grunde liegenden Anspruch betrifft; ein Irrtum in der Person des Beklagten kann prozefsrechtliche Folgen nach sich ziehen, vermag aber nichts an dem materiellen Rechtsanspruche des Klägers zu verändern. Der Klagsanspruch nun, der mit der condictio furtiva verfolgt wird, gründet sich auf den am Vermögen des Klägers begangenen Diebstahl, also auf eine einseitige, durch keine Leistung des Klägers bedingte rechtswidrige Handlung des Beklagten. Wie ein solcher Anspruch dem Irrtum des Klägers zugänglich sein sollte, es wäre denn der Irrtum, dafs der Beklagte nur irrtümlich für den Dieb oder die eingeklagte Sache nur irrtümlich für gestohlen gehalten wurde, ist nicht erfindlich. Diese beiden möglichen Irrtümer wären aber, wenn auch nur faktischer, doch solcher Art, dafs sie der condictio furtiva den Boden überhaupt entziehen würden. Nicht anders wäre es, wenn der Nichteigentümer, der sich irrtümlich für den Eigentümer hält, eine condictio furtiva anstrengen würde. Dieser Rechtsirrtum würde dem Kläger die Aktivlegitimation benehmen, seine Klage hinfällig machen. Die condictio furtiva ist daher offenbar dadurch bedingt, dafs der Kläger sich bezüglich seines Anspruches weder in einem faktischen noch in einem Rechtsirrtum befindet. Eine auf einem Irrtum des Klägers begründete condictio furtiva ist nicht denkbar.

Ebensowenig Schwierigkeiten bereitet die Irrtumsfrage für die Kontraktscondictio, d. h. für jene Anwendungsformen der condictio, in denen sie die Funktion einer Kontraktsklage aus den strengen Geschäften des Darlehens und der Stipulation versieht. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dafs in diesen Anwendungsfällen der condictio That- und Rechtsirrtum gleichermafsen von Bedeutung werden können. Ist doch die Frage nach der Bedeutung des Irrtums für die Klage aus dem Darlehen und der Stipulation nichts anderes als die Specialisierung der allgemeinen Frage nach dem Einflusse des Irrtums auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes überhaupt. Damit ist aber auch schon die Ant-

wort gegeben. Sie kann nur lauten, dafs hier, insoweit nicht besondere Bestimmungen getroffen sind, die allgemeinen Grundsätze Anwendung zu finden haben. An solchen Sondernormen hinsichtlich des Irrtums fehlt es nun vollständig für das Darlehen nicht minder wie für die Stipulatio. Als besondere Bestimmungen für die Behandlung des Irrtums im Gebiete des Darlehens können nur die Vorschriften des S. C. Macedonianum gelten, die in gewissen Fällen des Irrtums über die Person des Darlehensnehmers Ausnahmen von den strengen Sätzen des Senatsbeschlusses zulassen.

Im allgemeinen aber werden wir, indem wir vorsichtsweise die hypothetische Form wählen, sagen können: wenn es richtig ist, dafs Rechtsirrtum nicht entschuldigt und Thatirrtum entschuldigt, so gilt dies ohne weiteres auch für die Kontraktscondictio der strengen Rechtsgeschäfte.

So erübrigt denn nur mehr die dritte Gruppe der Anwendungsformen der condictio, die condictio sine causa, allerdings die, in die der Schwerpunkt der Frage nach der Bedeutung des Irrtums für die condictio jederzeit verlegt wurde und auch jetzt verlegt werden mufs. Ein Fehler nun, unter dem alle bisherigen Erörterungen dieser Frage zu leiden hatten, mufs vorerst gutgemacht werden. Nach seiner Beseitigung wird auch das Problem ohne Schwierigkeit sich lösen lassen. Von jeher mafs man der condictio sine causa den Charakter einer allgemeinen Bereicherungsklage bei. Von dieser Auffassung wich man trotz aller historischer Untersuchungen niemals ab. Zu ihr kehrten vielmehr auch die eifrigsten Bekämpfer der positivrechtlichen Bedeutung des Satzes: natura aequum est neminem cum detrimento alterius locupletiorem fieri immer wieder zurück. In dieser Auffassung befangen, glaubte man aber auch alle mit der condictio in Zusammenhange stehenden Fragen in abstrakte, allgemeine Formeln giefsen zu müssen. So ging man von vornherein von der Anschauung aus, die condictio sine causa müsse in der Irrtumsfrage ein für allemal diesem oder jenem Principe folgen. Daher beschränkte sich die Kontroverse, wie schon erwähnt, auf die Frage, ob die condictio

sine causa im Fall eines Rechtsirrtums Platz zu greifen habe oder nicht[1].

Die Untersuchung der Irrtumsfrage für das Gebiet der condictiones sine causa ist nun allerdings dadurch wesentlich vereinfacht, dafs die Fälle, in denen die condictio auf einen Irrtum des Klägers gestützt ist, von den übrigen Fällen der condictio sine causa abgesondert und unter dem gemeinsamen Namen der condictio indebiti vereinigt sind. Wo immer die mit der condictio rückzufordernde Leistung durch einen Irrtum des Rückfordernden zustande gekommen ist, da soll, wenn überhaupt eine condictio, so die condictio indebiti Platz greifen. Die condictio indebiti ist die Klage auf Rückforderung der irrtümlich vollzogenen Leistung. In dieser allgemein gebilligten Annahme liegt zugleich der Grund dafür, dafs die Erörterungen über das Verhältnis der condictio zur Irrtumsfrage jederzeit auf das Gebiet der condictio indebiti eingeschränkt wurden, und dafs man dieses Verhältnis in einer allgemein gültigen, abstrakten Formel ausdrücken zu können glaubte. Nun leidet aber diese Schlufsfolgerung an mehr als einer inneren Schwäche. Denn nicht nur ermangelt die condictio indebiti der festen Grenzen und der einheitlichen Struktur, sondern thatsächlich ist auch der Irrtum nicht ausnahmslos auf die Rechtsfigur der condictio indebiti beschränkt.

In ersterer Beziehung ist auf Voigts[2] in dieser Richtung unanfechtbare Ausführungen zu verweisen. Danach ist die condictio indebiti nicht nur dann zuständig, wenn Kläger „zum Zeitpunkte des Abschlusses des betreffenden Rechtsgeschäftes die causa im Urteile als eine, sei es gegenwärtig reell existente, sei es als reell existent auf die Zukunft gestellte“ setzt, „während in Wirklichkeit keinerlei derartige Existenz der causa zukommt,“ sondern auch dann, wenn „die reell existente causa im Urteile als eine legal

[1] Vgl. Pfersche, Die Bereicherungskl. S. 123 ff.
[2] Cond. S. 634 f.

existente“ gesetzt wird, „während in Wahrheit dieselbe eine rechtswidrige ist.“ Die condictio indebiti kann demnach in verschiedenen Fällen auf durchaus verschiedenen Grundlagen aufgebaut sein. Dies kommt auch darin zum Ausdrucke, dafs unter dem weiteren Begriffe der condictio indebiti, wenn diese Terminologie gestattet ist, eine Fülle von Rechtserscheinungen zusammengefafst wird, bei denen insbesondere dem Irrtum eine sehr bescheidene, bisweilen auch gar keine Rolle zugewiesen ist. Es sei nur an die condictio ob ignorantiam, ex transactione u. s. w. erinnert[1]. Andererseits ist die condictio indebiti aber allemal von der Voraussetzung abhängig, dafs eine Nichtschuld gezahlt wurde. Nun lassen sich jedoch jedenfalls auch solche Fälle denken, wo eine Leistung irrtümlich erfolgte, die nicht den Charakter eines indebitum an sich trägt, und die daher nur mit einer anderen Form der condictio, wenn diese Unterscheidung angesichts der abstrakten Formel überhaupt noch zulässig ist, zurückgefordert werden müfste. Ein solcher Fall ist vielleicht in der Stelle Ulpians[2] gegeben, die dem fullo eine condictio gegen den Eigentümer der in des fullo Anstalt in Verlust geratenen Kleider einräumt. Genau genommen läfst sich die Irrtumsfrage daher nicht für die eine oder die andere Form der sogenannten condictiones sine causa, sondern nur für die condictio in ihrer Anwendung als Rückforderungsklage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte überhaupt beantworten. Auch wurde bereits betont, dafs mit der Berufung auf einzelne Quellenstellen aus mancherlei Gründen wenig geholfen wäre. Es scheint daher auch in dieser Frage angemessener, von allgemeinen Gesichtspunkten auszugehen.

Ein solcher scheint nun durch die im Verlaufe der Darstellung gewonnene Anschauung von dem Wesen der condictio sine causa von selbst gegeben. Damit dafs die condictio des Charakters einer selbständigen Bereicherungs-

---

[1] Vgl. Pernice, Labeo III S. 239 ff.
[2] l. 2 D. 12, 7.

klage entkleidet und ihr die Bedeutung einer subsidiären Klage aus rechtsunwirksamen Geschäften aller Art zugewiesen wurde, verliert auch die Frage nach der Bedeutung des Irrtums für die Zulässigkeit der condictio an selbständiger Bedeutung. Wie die condictio nicht aus einem eigentümlichen originären Thatbestand entspringt, sondern sich derivativ bald aus diesem bald aus jenem Thatbestande ergiebt, so müssen auch ihre Voraussetzungen sich nach den jeweils vorliegenden Thatumständen richten. Der Irrtum ist in Ansehung der condictio im einzelnen Falle so zu beurteilen, wie er in Ansehung des ihr zu Grunde liegenden konkreten Rechtsgeschäftes zu beurteilen wäre. Wäre das Geschäft, aus Anlafs dessen die condictio entspringt, auch im Falle eines Rechtsirrtums auf Seiten des Klägers gültig, so entfällt die condictio, wäre das Geschäft in solchem Falle ungültig, so greift die condictio Platz.

Gerade für die condictio indebiti freilich scheint dieser Schlufs wenig geeignet, einen zuverlässigen Mafsstab zu gewähren, da im Falle einer condictio indebiti vielfach wenigstens ein Geschäft nur in der irrigen Annahme des Klägers vorgelegen ist. Allein fürs erste liegt auch der condictio indebiti in den Fällen, wo sie auf Grund einer erst nachträglich hinfällig gewordenen causa gewährt wird, ein effektives Rechtsgeschäft zu Grunde, das einen geeigneten Mafsstab für die Beurteilung der condictio selbst abzugeben vermag — es sei nur an die Rückforderung der auf Grund eines Testamentes geleisteten Zahlungen erinnert, das postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit — sodann aber scheint es nicht blofs verbi gratia geschehen zu sein, dafs die Quellen in jedem einzelnen Falle die Natur des wirklichen oder blofs vorgestellten Rechtsgeschäftes eingehend erörtern, das die solutio indebiti veranlafst hat[1]. Auch für die condictio indebiti mufs daher der Grundsatz gelten, dafs gleich ihren anderen Voraussetzungen auch die Natur des ihr unterliegenden Irrtums nicht typisch, sondern

[1] Vgl. l. l. 11, 23, 26, 37, 38, 40, 47, 55 D. h. t. 12, 6 u. a. m.

nur von Fall zu Fall bestimmt werden kann, je nach Verschiedenheit des wirklichen oder blofs vorgestellten Geschäftes, dessen Rechtsunwirksamkeit die condictio indebiti im einzelnen Falle erzeugt hat. Es scheint nicht möglich, allgemeine Normen darüber aufzustellen, ob der Irrtum ein Rechts- oder ein Thatirrtum, ein entschuldbarer oder ein unentschuldbarer sein könne oder müsse. Es mufs vielmehr auf das Argument der quaestio facti zurückgegriffen werden.

Damit ist allerdings auch das Verhältnis des Rechtsirrtums zum Thatirrtum und die Irrtumslehre überhaupt in jenem unbefriedigenden Halbdunkel belassen, in das diese Lehre durch die fortschreitende philosophische Erkenntnis vorerst immer mehr zurückgedrängt wurde. Allein die Ausführungen Savignys, die in der plastischen Herausarbeitung der beiden Gegensätze des entschuldbaren und unentschuldbaren Irrtums auf der einen, des echten und unechten Irrtums auf der anderen Seite gipfeln, haben zwar vermöge ihrer für die damalige Zeit tiefgehenden philosophischen Durchbildung lange Zeit hindurch die Irrtumslehre beherrscht und auf die Rechtsentwicklung dieses Jahrhunderts einen nachhaltigen Einflufs ausgeübt. Die neuere Philosophie hat jedoch in diese Unterscheidungen Zweifel zu setzen gelehrt, ohne dafs es freilich bis jetzt gelungen wäre etwas Besseres und Zuverlässigeres an ihre Stelle zu setzen. Es kann daher nicht wunder nehmen, wenn es vermieden wird, diese Fragen von neuem aufzurollen. Nun bedarf es dessen nicht, nachdem sich gezeigt hat, dafs der Irrtumslehre im Gebiete der Kondiktionen keine selbständige Bedeutung zukommt. Es mag daher genügen, dies festgestellt zu haben. Um aber dies festzustellen, konnte es hinreichen, die herkömmliche Unterscheidung zum Ausgangspunkte zu nehmen. Angesichts dieses negativen Ergebnisses mufs es überflüssig erscheinen, die philosophische Haltbarkeit dieser Begriffe neuerlich zu überprüfen[1].

---

[1] Vgl. Carl Adler, Dogm. Jhrb. 33. Bd. S. 149 ff.

§ 28. Die Beweislast bei der Condictio.

Was von der Irrtumsfrage im Hinblick auf die Kondiktionen gesagt wurde, das mufs mutatis mutandis auch von der Verteilung der Beweislast im Kondiktionenprozesse gelten.

Die condictio an sich ist gewissermafsen nur leeres Klagsformular, das im einzelnen Falle erst mit bestimmten Voraussetzungen ausgefüllt werden mufs. Dieses Formular läfst eine dreifache Verwendung zu: für Klagen aus bestimmten strengen Verträgen, für Rückforderungsansprüche aus rechtsunwirksamen Geschäften und für den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der ihm gestohlenen Sache. Die an zweiter Stelle genannte Funktion als Rückforderungsklage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte begreift ihrerseits wiederum eine Fülle von Einzelerscheinungen in sich. Die Behauptung kann daher nicht auf besonders heftigen Widerspruch stofsen, dafs es schwer halten, wenn nicht unmöglich sein wird, allgemeingültige Beweisregeln für die condictio aufzustellen, es wären denn die, die aus der prozessualen Natur und Zweckbestimmung des Beweises sich ergeben, aber erst im einzelnen Falle immer wieder nach der Natur der Sache und des gerade zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zurecht gelegt werden müssen.

Solche allgemeine, in jedem Falle anzuwendende Grundsätze sind nun das Princip des Beweisgegenstandes, wonach nur „die unter den Parteien bestrittenen Thatsachen, welche für den geltend gemachten Rechtsanspruch erheblich und der Bewahrheitung noch bedürftig sind[1]“, der Beweispflicht unterliegen; und das Princip der Beweislastverteilung, wonach jeder, der ein Recht geltend macht, dessen thatsächliche Voraussetzungen zu beweisen hat[2].

So einfach diese beiden Principien, die das ganze Geheimnis der prozessualen Beweisführung in sich schliefsen, aber auch zu sein scheinen, und so wenig ihre Richtigkeit

[1] Endemann, Das deutsche Civilpr.-R., 1868, S. 674.
[2] Endemann l. c. S. 677.

jemals bestritten wurde, so hat doch eben ihre Anwendung im einzelnen Falle von jeher die gröfsten Schwierigkeiten bereitet und insbesondere im Gebiete der Kondiktionen die heftigsten Kontroversen nach sich gezogen. Allein es wäre ein derartiger Aufwand von Scharfsinn und Schärfe der Sprache vielleicht nicht notwendig gewesen, wenn man die Natur des klassischen römischen Prozesses sich jederzeit klar vor Augen gehalten hätte.

Es mufs nun auf den ersten Blick wunder nehmen, wie dürftig die Ausführungen der römischen Juristen über den Beweis und die Verteilung der Beweislast lauten.

Gaius ignoriert die Beweislehre in seinen Institutionen vollständig. Desgleichen enthalten die Institutionen Justinians keinen besonderen Abschnitt de probationibus u. ä. Erst die Digesten handeln in einem eigenen Titel de probationibus et praesumptionibus, worin sie sich im grofsen und ganzen begnügen, den paulinischen Satz: ei incumbit probatio qui dicit non qui negat[1] nach allen Seiten zu beleuchten. Über diesen beschränkten Umfang der Beweislehre geht auch der Codex nicht weit hinaus.

Diese Einfachheit der Beweisregeln wird jedoch leicht verständlich durch die Natur des römischen Prozefsverfahrens. Dieses ist ein einheitliches, mündliches. Die Parteien sind es, die auch hier vorzugsweise thätig werden, aber nicht „durch blofs formelles Behaupten und Bestreiten, sondern um die Überzeugung des Richters für sich zu gewinnen, durch Deduktion und Gegendeduktion, Beweis und Gegenbeweis[2]“. Dem Richter kommt nur prozefsleitende Thätigkeit zu. Er bürdet nicht diesem oder jenem Teile die Beweislast auf, sondern er wacht nur über die Ordnung des Verfahrens und beschränkt sich darauf, von der Verhandlung der Parteien Kenntnis zu nehmen, um sich seine im Urteilsspruche zum Ausdruck kommende Meinung zu bilden. „In der Judizialverhandlung machte sich die Beweislast von

[1] l. 2 D. h. t. 22, 6.
[2] Bethmann-Hollweg I S. 180.

selbst[1]", indem der Kläger als der Angreifende seinen Angriff begründen, seine Behauptung beweisen mufste, wenn anders er den Richter von seinem Rechte überzeugen wollte, ebenso wie der Beklagte seine exceptio[2]. Was aber alles dazu gehörte, um seine Behauptung zu erweisen, das war im einzelnen Falle dem Ermessen des Klägers überlassen, quaestio facti.

Erst unter der Herrschaft der Schriftlichkeit des Prozesses und der dadurch bedingten Trennung der Parteihandlungen wurde die Frage der Beweislast von entscheidender Bedeutung für die Gestaltung des Verfahrens. Nunmehr war es notwendig, darüber schlüssig zu werden, inwieweit eine Partei durch ihre einseitige Thätigkeit den legalen Beweis zu erbringen hatte, wenn anders nicht der Gegner schon allein auf Grund des Umstandes, dafs der andere Teil dieser seiner gesetzlichen Pflicht nicht in der vorgeschriebenen Weise nachgekommen war, dessen Verurteilung oder Abweisung sollte fordern können.

Von diesem letzteren, dem römischen Prozesse durchaus fremden Gedanken beherrscht, haben nun die Rechtslehrer auch der neueren Zeit sich bemüht, für die condictio bindende abstrakte Beweisregeln aufzustellen, ein Bemühen, das als um so weniger lohnend angesehen werden kann, als der Prozefs unserer Tage fast allgemein zu den römischen Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit zurückgekehrt ist. Denn in dem Augenblicke, wo die prozessualen Beweisnormen sich wiederum auf den einfachen Standpunkt zurückgezogen haben, dafs sie sich darauf beschränken, zu verlangen: Jede Partei hat die von ihr behaupteten Thatsachen zu beweisen und die Kraft des Beweises „ist vom Gerichte nach seinem durch sorgfältige Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu beurteilen"[3], sind wir auch in den Zustand des römischen Prozesses zurückversetzt, in dem die Verteilung der Beweislast sich von selbst machte.

---

[1] Endemann l. c. S. 678 n. 4.
[2] l. 9 D. 22, 3; l. 19 D. eod.; l. 1 D. 44, 1.
[3] Öst. Civilpr.O. § 266, § 272 u. a. m.

Es ist daher angesichts des mündlichen und unmittelbaren Civilprozesses für das römische nicht minder wie für das heutige Rechtsleben nicht ganz zutreffend, wenn die Frage regelmäfsig dahin gestellt wird: wer zu beweisen hat und was zu beweisen ist. Diese Frage kann nicht nur nicht für die condictio im allgemeinen beantwortet werden, es wäre denn durch die nichtssagende Phrase: zu beweisen hat, wer behauptet, und es mufs bewiesen werden, was behauptet wird, sondern auch nicht für die einzelnen Spielarten der condictio. Diese Frage entscheidet sich vielmehr nur von Fall zu Fall, je nach Beschaffenheit des in concreto unterliegenden materiellen Rechtsverhältnisses. Die Frage, die man gemeiniglich in die Form der Frage nach der Verteilung der Beweislast bei der condictio zu kleiden pflegt, mufs dahin lauten: Welche Umstände begründen die condictio? Genau genommen ist das nicht eine Frage der Beweislast, sondern des Klagefundamentes. Dann ist aber die Frage nicht eine solche prozefsrechtlicher Natur, sondern eine solche nach der materiellen Grundlage des Kondiktionsanspruches oder, wenn nicht mit ihr identisch, so doch mit ihr gleichzeitig entschieden. Das Klagefundament mufs Kläger behaupten und nötigenfalls beweisen. Das Klagefundament ist, kann man sagen, die Beweislast des Klägers.

Damit ist aber die Beweisfrage für die condictio auch schon gelöst. Das Fundament der Kontraktscondictio bildet der strenge Kontrakt, das Darlehen oder die Stipulation. Diese sind der Klagegrund des Klägers, deren Existenz ist demnach auch vom Kläger zu behaupten und zu beweisen[1].

Das Fundament der Diebstahlscondictio ist der Diebstahl des Beklagten. Dieser ist demnach Inhalt der Behauptung und des Beweises des Klägers. Der Diebstahl, d. h. dafs gestohlen wurde, und zwar dafs dem Kläger vom Beklagten gestohlen wurde, nicht auch, dafs die Sache sich noch in Händen des Beklagten befindet.

---

[1] Gaius 4, 116a; l. 2 § 3 D. 44, 4; vgl. Pernice, Sav.-Z. R.A. 13. Bd. S. 272 ff.

Das Fundament der condictio sine causa ist die Rechtsunwirksamkeit des zwischen den Prozefsparteien seiner Zeit zu stande gekommenen Rechtsgeschäftes. Daher mufs Kläger behaupten, dafs ein Rechtsgeschäft zu stande gekommen, dafs er auf Grund dieses Rechtsgeschäftes geleistet und dafs dieses Rechtsgeschäft ein rechtsunwirksames ist. Die beiden ersten Punkte scheinen zu Zweifeln keinen Anlafs zu geben und erfreuen sich demgemäfs auch allgemeiner Zustimmung. Fraglicher ist es dagegen mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit des dritten Momentes, wieweit auch in diesem Punkte die Behauptungs- und Reweispflicht des Klägers sich erstreckt.

Man hat bis nun vermieden, diesem dritten Faktor des Kondiktionsanspruches die allgemeine Form zu geben, die soeben darauf angewendet wurde. Man hat sich vielmehr darauf beschränkt, die Frage bald für die sog. condictio indebiti, bald für die sog. condictio causa data causa non secuta zu beantworten, indem man gerade hier, wo eine einheitliche Auffassung der condictio vorzugsweise am Platze scheint, die Einzeluntersuchung vorzog, ohne dafs man jedoch auf diesem Wege zu übereinstimmenden Resultaten gelangt wäre.

Der einheitliche Grundzug, der die Gemeinsamkeit der Kondiktionen vermittelt, ist der allen Kondiktionen innewohnende Gedanke der Rückforderung. Das gemeinsame Band aber, das die wechselnden Erscheinungsformen der sog. condictiones sine causa unter sich vereinigt, ist die Unwirksamkeit des ihnen unterliegenden Rechtsgeschäftes. Folglich ist die Behauptungs- und Beweispflicht für alle condictiones sine causa dieselbe, insofern sie den Abschlufs eines Rechtsgeschäftes, die auf Grund solches erfolgte Leistung und die Unwirksamkeit dieses Rechtsgeschäftes und damit auch der Leistung allemal gleichermafsen zum Inhalt hat. Nur insofern geht diese Behauptungspflicht bei den einzelnen Anwendungsformen der Rückforderungscondictio auseinander, als die Rechtsunwirksamkeit bald in diesem, bald in jenem Umstande ihren Grund haben kann. In diesem Sinne ist

es dann allerdings gerechtfertigt, wenn die einzelnen von Justinian geschaffenen Figuren der condictio sine causa gesonderter Betrachtung unterworfen werden. Nur darf dabei nicht vergessen werden, dafs diese Justinianische Systematik weder erschöpfend noch auch, was die den einzelnen Kondiktionsformen untergeordneten Fälle anbetrifft, durchaus zutreffend ist.

Vom Standpunkte einer geläuterten Anschauung über das Wesen und die Zweckbestimmung der condictio einerseits und über die Natur des römischen Prozefsverfahrens und die dadurch von selbst gegebene Verteilung der Beweislast andererseits wäre es daher am richtigsten, die Ausführungen über die Behauptungs- und Beweispflicht im Kondiktionsprozefs mit diesen allgemeinen Andeutungen, die allein Allgemeingültigkeit beanspruchen können, beendigt sein zu lassen. Allein der andauernde Zwiespalt und die noch ungelösten Zweifel in dieser Frage scheinen dennoch eine nähere Betrachtung verschiedener Schulmeinungen zu erfordern.

Die Erfüllung — dies mit Bezug auf die condictio indebiti — ist „Vertrag in demselben Sinne, in welchem Schenkung und Vergleich Verträge sind, nur wird nicht blofs durch Vertrag, sondern durch materielle Befriedigung des Gläubigers die Obligation getilgt, und der Vertrag hat hier blofs insofern Bedeutung, als Übereinstimmung der Beteiligten hinsichtlich des Zwecks der materiellen Leistung: Tilgung dieser konkreten Obligation erforderlich ist[1]". „Das Institut der condictio indebiti ruht auf diesem Grundsatz[2]". „Wenn zwar mit Beziehung auf die konkrete Schuld das aus ihr Geschuldete geleistet wird, diese Leistung aber erfolgt unter Beifügung einer Beschränkung des Willens des Leistenden .... so ist das nicht Erfüllung ... aufser es wäre lediglich das Bestehen der Schuld als Bedingung oder Voraussetzung gesetzt[3]", und in diesem letzteren Falle „erhält die Leistung

[1] Römer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung ..., Festschrift, Tübingen 1877, S. 1.

[2] Römer, l. c. S. 2.

[3] Römer, l. c. S. 31.

den Charakter und die Wirkung der Erfüllung erst in dem Augenblick des Eintritts der Bedingung[1]". Die Erfüllung solcher Voraussetzung oder Bedingung hängt demnach „von dem Vorhandensein eines gegenwärtigen Umstandes ab[2]". Ist also unter der Annahme des Vorhandenseins dieses gegenwärtigen Umstandes erfüllt worden, und will Kläger im Wege der condictio indebiti solche Erfüllung rückgängig machen, so kann seine Klage nur, mufs aber auch auf die dreifache Behauptung gestützt sein, dafs er geleistet hat, dafs er auf Grund eines Rechtsgeschäftes geleistet hat, und dafs dieses die Voraussetzung und Bedingung seiner Leistung ausmachende Rechtsgeschäft nicht vorhanden, dafs daher das zwischen ihm und dem Beklagten zustande gekommene Zahlungsgeschäft ein rechtsunwirksames ist.

Darüber besteht nun kein Zweifel, dafs Kläger die Leistung und den Nichtbestand des Rechtsgeschäftes, auf Grund dessen er geleistet, eventuell den Nichtbestand einer Verbindlichkeit auf seiner Seite überhaupt zu erweisen habe, die Meinungen gehen nur in der Richtung auseinander, ob dem Kläger auch der Beweis seines Irrtums, des Fehlens einer liberalen Absicht auf seiner Seite, obliege.

Die einen huldigen nun ohne jede Einschränkung der Ansicht, dafs „die Unwissenheit, der Irrtum, die unrichtige Annahme über eine vermeintliche Verbindlichkeit zum Klagegrunde gehört[3]," und begnügen sich nicht mit „der Darlegung des gesamten thatsächlichen Materials[4]," sondern sehen vielmehr den, der „zwar ohne erkennbare Schuld, aber auch ohne erkennbaren Irrtum zahlte, als einen solchen an, der habe schenken wollen[5]." Die anderen dagegen gehen von

---

1 Römer, l. c. S. 32.

2 Römer, l. c. S. 32.

3 Zimmermann, Archiv für die civ. Prax. 48. Bd. S. 61 ff.

4 Bähr, Anerkennung S. 73.

5 Bähr, l. c. 75; Entsch. des R.O.H.G. 13, 114; 23, 107; Seuffert, Archiv 2, 187; 2, 273; 7, 322; 24, 119; 31, 145 u. a. m. Dagegen: Dernburg, Krit. Zeitschr. für die ges. Rechtswissensch. II S. 498 ff.; Arndts, Krit. Überschau IV S. 224 ff. u. a. m.

der Anschauung aus, dafs der Irrtum „als ein innerer Zustand“ „keinen unmittelbaren Gegenstand des Beweises bilden“ kann, „vielmehr die Umstände, die ihn erzeugt haben“, dies werden aber „häufig, wenn nicht dieselben Umstände, aus denen sich die übrigen Voraussetzungen der condictio ergeben, so doch solche Umstände sein, welche mit diesen in einem untrennbaren thatsächlichen Zusammenhang stehen, so dafs ein besonderer Beweis des Irrtums sich nicht erforderlich macht[1].“

Die Berufung auf die Quellen scheint auch hier wenig glücklich, da, wie heute wohl nicht mehr bezweifelt werden kann, die Hauptbelegstelle — l. 25 D. 22, 3 — durch die Kompilatoren derart verstümmelt ist, dafs sie einen auch nur halbwegs sicheren Schlufs auf den klassischen Prozefs nicht zuläfst[2]. Es erübrigt daher nichts, als die Entscheidung aus der Natur der Sache zu gewinnen.

Die condictio indebiti ist nun wie jede condictio sine causa eine Klage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte. Die Rechtsunwirksamkeit des hier in Frage stehenden Zahlungsgeschäftes ist aber darin gelegen, dafs Kläger zahlte, während er nichts zu zahlen hatte. Er mufs daher behaupten, dafs er nicht schlechtweg geleistet, sondern dafs er gezahlt hat, und dafs er eine Nichtschuld gezahlt hat. Die Behauptung der Zahlung mufs daher derart sein, dafs sie die Annahme ausschliefst, als ob Kläger schenken wollte. Tritt nun dazu noch die Behauptung, dafs es eine Nichtschuld war, die Kläger bezahlte, so liegt wohl schon in dem Umstande allein, dafs Kläger auf Grund dieser beiden Behauptungen zurückfordert, ausgedrückt, dafs er nicht geleistet hätte, wenn er gewufst hätte, dafs er nichts schuldig sei. Erwägt man nun noch, dafs die Behauptung der Zahlung die Negation der

---

[1] Goldschmidt, Dogm. Jhrb. 24. Bd. S. 65; Renaud, Archiv für die civ. Prax. 29. Bd. S. 428; Buhl, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, 1875, S. 22ff.; Seuffert 10, 56; 17, 248; 24, 120; 38, 128 u. a. m.

[2] Gradenwitz, Interpol. S. 14f., 56, 99; Pernice, Sav.-Z. R.A. XIII S. 286 n. 7.

Schenkung von selbst in sich schliefst, so wird zugegeben werden müssen, dafs durch die doppelte Behauptung der Zahlung, d. i. der Leistung auf Grund eines verpflichtenden Rechtsgeschäftes und der Nichtschuld, d. i. des Nichtbestehens dieses Rechtsgeschäftes die Rechtsunwirksamkeit des Zahlungsgeschäftes in solchem Mafse erwiesen ist, dafs die Rückforderung als gerechtfertigt erscheinen mufs, dafern nicht der Beklagte die Stichhaltigkeit dieser beiden Behauptungen zu entkräften vermag. Der Nachweis der Zahlung einer Nichtschuld in Verbindung mit der nunmehrigen Rückforderung dieser nicht geschuldeten Leistung thut an sich hinreichend dar, dafs Kläger in einem Irrtum gehandelt habe, eines selbständigen Beweises des Irrtums bedarf es darum nicht. Wenn daher die Quellen zu wiederholten Malen betonen, dafs die Leistung einer Nichtschuld nur im Falle der ignorantia des Leistenden zur Rückforderung berechtige, anderen Falles dagegen eine Schenkung vorliege, so scheint diesem Grundsatze dadurch genügend Rechnung getragen, dafs vom Kläger der Beweis nicht nur einer Leistung überhaupt, sondern einer Zahlungsleistung und deren Nichtbestandes verlangt wird[1].

Vom Standpunkte dieser Anschauung aus entfällt auch die Notwendigkeit, eine allgemeine Entscheidung darüber zu treffen, ob der Irrtum des Rückfordernden ein entschuldbarer sein mufs. Es wird wohl Sache des Beklagten sein, die Unentschuldbarkeit des Irrtums in den Fällen mit Erfolg einzuwenden, in denen nicht jede Zahlung einer Nichtschuld den Kläger zur Zurückforderung zu ermächtigen vermag.

Die Behauptungs- und Beweislast des Klägers im Falle einer condictio indebiti ist also dahin zu bestimmen, dafs er die Zahlung einer Nichtschuld zn behaupten und zu beweisen hat[2], während es dem Beklagten obliegt, die Umstände zu Tage zu fördern, die diese beiden Behauptungen zweifelhaft oder trotz ihrer Richtigkeit im einzelnen Falle

[1] Vgl. Brinz, Pand. II S. 545 ff.; Pfersche, Die Bereicherungsklage S. 102, 133.

[2] Brinz, Pand. II S. 549 f.

belanglos machen können. Die Zahlung einer Nichtschuld ist an sich schon ein rechtsunwirksames Geschäft. Nur die Rechtsunwirksamkeit seiner Leistung aber und nicht mehr hat Kläger im Kondiktionsprozesse zu behaupten.

Was sodann die condictio causa data causa non secuta anbetrifft, so beschränken sich auch hinsichtlich dieser die Zweifel darauf, aus welchen Momenten sich die klägerische Behauptung der Rechtsunwirksamkeit zusammenzusetzen habe. Es ist nicht zweifelhaft, dafs dem Kläger die Behauptung und der Beweis seiner Leistung und zwar auf Grund eines Rechtsgeschäftes, oder wie dies gewöhnlich ausgedrückt wird, unter einer gesetzten Bedingung oder Voraussetzung obliege. Zweifelhaft ist es dagegen, ob Kläger auch die Unwirksamkeit dieses Rechtsgeschäftes oder, um die herkömmliche Terminologie zu bewahren, den Nichteintritt der Bedingung oder Voraussetzung zu behaupten habe[1], oder ob es Sache des Beklagten sei, den Eintritt solcher zu behaupten[2].

Dem ersten Gefühle nach wäre man vielleicht versucht zu sagen, wie der Kläger im Falle der condictio indebiti nicht seinen Irrtum ausdrücklich zu behaupten habe, sondern aus der klageweisen Behauptung der Zahlung einer Nichtschuld schon an sich der Irrtum des Klägers und damit auch die Unwirksamkeit des unterliegenden Rechtsgeschäftes entnommen werde, so sei auch durch die Anstellung einer Klage auf Rückstellung einer bedingt vollzogenen Leistung an sich schon der Nichteintritt der Bedingung, von der solche Leistung abhängig gemacht war, und damit zugleich die Rechtsunwirksamkeit des unterliegenden Geschäftes glaubhaft gemacht. Bähr[3] steht denn auch nicht an zu erklären, dafs dem Beklagten der Beweis des Eintrittes der causa, d. i. der Bedingung oder Voraussetzung obliege, da die Be-

---

[1] Seuffert, Archiv, 29, 281.
[2] Seuffert, Archiv, 10, 129; Entsch. des Reichsger. 5, 7.
[3] l. c. S. 68. Dagegen: Hesse, Wesen der Verträge, S. 284 ff.

weispflicht des Klägers „sich nur auf die thatsächlichen positiven Grundlagen seiner Klage“ zu beziehen habe.

Allein so zutreffend auch diese letztere Behauptung auf den ersten Blick erscheinen mag, so dürfte doch gerade ihr durch die soeben angedeutete Art der Beweislastverteilung nicht in genügendem Mafse entsprochen sein. Denn es ist offenbar nur eine Verwechslung von positiver Klagegrundlage und positiver Behauptung überhaupt unterlaufen, wenn jede negative Behauptung an sich schon als ungeeignetes Mittel zur positiven Klagebegründung angesehen wird[1].

Die Rückforderung der Zahlung einer Nichtschuld erscheint zwar schon durch den Nachweis hinreichend gerechtfertigt, dafs eine Zahlung beabsichtigt, eine liberale Absicht ausgeschlossen, zugleich aber eine Schuld nicht vorhanden war. Es bedarf daher eines besonderen Nachweises des Irrtums nicht. Die Klage auf Rückgabe einer bedingt vollzogenen Leistung, die lediglich auf die beiden Umstände der Leistung und der Leistung im Hinblicke auf einen künftigen Erfolg sich stützt, zwingt dagegen an sich keineswegs notwendig zu der Annahme, dafs es sich um die Rückforderung aus einem rechtsunwirksamen Geschäfte handle. Solche Klagebegründung läfst vielmehr auch den anderen, in den Quellen selbst hervortretenden Schlufs zu, dafs Kläger ohne Rücksicht auf den Eintritt oder Nichteintritt der gesetzten Bedingung das fragliche Geschäft ob poenitentiam rückgängig machen wolle. Gerade das Reurecht aber gab in klassischer Zeit dem Kläger regelmäfsig nicht die Befugnis zur Rückforderung. Doch auch für jene Zeit, die ein allgemeines Reurecht zuläfst, und die sich daher von diesem Standpunkte aus mit solcher Klagebegründung begnügen könnte, entbehrt diese dennoch des eindeutigen Charakters, der den Kläger für den anderen Fall des weiteren Beweises, dafs die fragliche Bedingung oder Voraussetzung nicht eingetreten sei, überheben würde. Denn diese beiden Momente sind an sich besten Falles geeignet, eine Vermutung der

[1] l. 2 D. 22, 3; vgl. dazu Pernice, Sav.-Z. R.A. 13. Bd. S. 278 n. 1.

Rechtsunwirksamkeit zu begründen, sie sind aber für sich allein nicht imstande, zu Gunsten des Klägers die stringente Annahme der Rechtsunwirksamkeit für die von ihm zurückgeforderte Leistung zu rechtfertigen.

Es kann daher aus Gründen, die wir in der Natur der Sache selbst gelegen finden, nicht mehr zweifelhaft sein, dafs es Sache des Klägers ist, auch den Nichteintritt der Voraussetzung oder Bedingung zu erweisen[1], da erst durch diesen Umstand das seinem Rückforderungsanspruche zu Grunde liegende Rechtsgeschäft den Charakter der Rechtsunwirksamkeit annimmt, auf welchem Momente eben die condictio aufgebaut sein mufs, wenn anders sie dem Kläger zum Siege verhelfen soll.

Auch in dieser Frage gewähren die Quellen aus Gründen, die wohl nicht mehr wiederholt zu werden brauchen, keinen genügenden Anhaltspunkt, um sie für diese oder jene Anschauung unbedingt in Anspruch nehmen zu können. Dessen war man schon längst sich bewufst und versuchte daher durch die verschiedenartigsten Operationen mit den Begriffen des Willens und der Voraussetzung zu überzeugenden Resultaten zu gelangen. Dafs dieses Beginnen nur von geringem Erfolge begleitet war, kann nicht wunder nehmen, da man über alles eher als über den Einflufs des Willens auf die Gestaltung objektiver Rechtsverhältnisse und über das Wesen der Voraussetzung einig werden konnte. Dem gegenüber scheint nun allerdings die Rechtsunwirksamkeit als ein objektiver, äufserlich erkennbarer Faktor einen geeigneteren Anhaltspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit der condictio im einzelnen Falle und der dem Kläger erwachsenden Behauptungspflicht zu gewähren.

Es soll aber am Schlusse dieser Erörterungen nochmals betont werden, dafs die Aufstellung abstrakter Behauptungs-

---

[1] Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen bei Windscheid, Pand. II § 429 n. 2; Pfersche, Bereicherungskl. S. 155; wie oben insbesondere Brinz, Pand. II S. 540; L. Goldschmidt, l. c. S. 68 ff.; Buhl, l. c. S. 17 ff.

regeln für die condictio sich einerseits nur auf die einzelnen der drei angenommenen Gruppen beziehen, nur jede für sich gesonderter Normierung unterstellen kann, und dafs andererseits, um der Fülle der unter dem Gesamtnamen der condictio sine causa zu Tage tretenden rechtlichen Erscheinungsformen gerecht zu werden, solche Aufstellung im Gebiete der condictio sine causa sich darauf beschränken mufs, vom Kläger die Behauptung der Rechtsunwirksamkeit der mit condictio zurückgeforderten Leistung zu verlangen, während die Frage, durch welche Momente solche Rechtsunwirksamkeit darzuthun sei, der Entscheidung im einzelnen Falle vorbehalten bleiben mufs.

§ 29. Die Condictio furtiva insbesondere.

Die condictio furtiva als die Klage des Eigentümers gegen den Dieb auf Herausgabe der gestohlenen Sache nimmt jedenfalls eine Sonderstellung im Gebiete der Kondiktionen ein. Diese Sonderheit äufsert sich einmal in der Richtung, dafs für das Petit der Diebstahlscondictio die Formelworte dare oportere in ihrem gewöhnlichen Wortsinne genommen, dem zufolge dare die Eigentumsübertragung bedeutet, nicht zutreffen, sodann auch nach der Seite, dafs ihr Thatbestand sich weder unter das Schema der Kondiktionsklage aus den strengen Verträgen noch auch unter die Rechtsfigur der condictio sine causa bringen läfst. Wohl glaubte Savigny[1] auch die condictio furtiva aus dem Umstande erklären zu können, dafs der Dieb „sich ohne Rechtsgrund auf Kosten des Bestohlenen“ bereichert. Allein ist schon für die condictio sine causa die Bereicherung nicht die zutreffende Grundlage, so kann dies noch viel weniger von der condictio furtiva gelten. Denn gerade der Dieb ist gegenüber der condictio auch dann noch haftbar, wenn er die Sache nicht mehr in Händen hat. Wenn nun auch als Grund hierfür die von vornherein auf Seiten des Diebes obwaltende mora

[1] System V S. 552 ff.

bezeichnet wird, so kann doch diese fingierte mora nicht die Bereicherung ersetzen, sondern im Gegenteil nur die unbedingte Rückersatzpflicht des Diebes ohne jede Rücksicht auf eine etwa vorhandene Bereicherung zum Ausdruck bringen.

Das einigende Band, das die condictio auch auf den Thatbestand des Diebstahls Anwendung finden läfst, ist lediglich der Gedanke der Rückforderung. Diesen fand man schliefslich allein in dem dare oportere ausgedrückt, nachdem die ursprüngliche technische Bedeutung des dare der Gerichtssprache entschwunden war. Gerade auf den Diebstahl aber liefs man die condictio Anwendung finden, um den Eigentümer gegenüber dem von vornherein offenbar bösgläubigen Besitzer der Beschwerlichkeiten des Vindikationsprozesses zu überheben und um ihm die Möglichkeit des entsprechenden Ersatzes zu gewähren, ohne Rücksicht darauf, ob sich die Sache noch in Händen des Diebes befand oder nicht. Die condictio in ihrer Anwendung gegen den Dieb ist nichts anderes als die beschleunigte und verschärfte Eigentumsverfolgungsklage. Das ergiebt sich, abgesehen von den bisherigen Erwägungen, einmal daraus, dafs sie nur dem Eigentümer eingeräumt ist, und weiter daraus, dafs sie nur reipersekutorischen Charakter an sich trägt. Wird sie doch gerade in dieser Eigenschaft regelmäfsig der Deliktsklage gegenübergestellt [1]. Darum ist wohl auch heute niemand mehr im Zweifel über ihre wahre Natur als einer actio, qua rem tantum consequamur.

Sobald man jedoch einmal über das Bedenken sich hinausgesetzt hatte, das anfänglich gegenüber der Anwendung des dare oportere auf die Klage des Eigentümers gegen den Dieb obwalten mufste, blieb nichts anderes übrig, als auch alle übrigen aus der Anwendung dieser Formel sich ergebenden Konsequenzen für die Diebstahlscondictio zu ziehen. Schon aus dem Grunde also, weil in der condictio furtiva alle Eigentümlichkeiten der abstrakten und viel-

---

[1] l. 7 § 1 D. 13, 1 u. a. m.

gestalten condictio sich wiederspiegeln, empfiehlt es sich, sie, wenn auch nur kursorisch, in allen ihren Erscheinungen zu verfolgen.

Die Gewährung der condictio furtiva zu Gunsten des Eigentümers ist eine auf diese Anwendungsform der condictio beschränkte Ausnahme. Doch blieb die Eigentumscondictio andererseits nicht auf den Diebstahl im technischen Sinne beschränkt, sondern wurde auf die verwandten Fälle der rapina [1] und des de fundo vi deiectus [2] ausgedehnt. Darin liegt anscheinend ein Beweis mehr für die Annahme, dafs der Gedanke, durch dieses Rechtsmittel dem Eigentümer seine Eigentumsverfolgung gegenüber dem offenbar bösgläubigen Besitzer zu erleichtern, das rechtserzeugende Moment für solche condictio abgegeben, sowie auch dafür, dafs die condictio des klassischen Prozesses eine einheitliche und unbenannte gewesen sein mufs. Denn nimmermehr hätte sonst der Prätor bei der Formenstrenge des römischen Prozesses eine condictio furtiva auf Grund des Thatbestandes des Raubes oder einer Dejektion aus dem Grundbesitze gewähren können.

Wie aber einerseits diese condictio nur dem Eigentümer [3] und seinem Erben [4] gewährt wurde, so stand sie auch andererseits nur gegen den Dieb selbst und gegen dessen Erben [5], gegen mehrere Diebe solidarisch [6] zu, nicht auch gegen den Gewalthaber noch gegen den Helfershelfer des Diebes [7].

Wohl konnte gegen den dominus, der aus dem Diebstahl seines Gewaltunterworfenen etwas erworben hatte, eine condictio angestrengt werden [8], aber der Thatbestand, auf

[1] l. 10 § 1 D. 13, 1.
[2] l. 25 § 1 D. 47, 2.
[3] l. 1 D. 13, 1.
[4] l. 11 D. 13, 1.
[5] l. 5 D. 13, 1.
[6] l. 9 D. 13, 1.
[7] l. 6 D. 13, 1.
[8] l. 4 D. 13, 1.

den sich Kläger in diesem Falle berufen mufste, war nicht der Diebstahl, sondern der Erwerb durch den Gewaltunterworfenen. Daher hatte denn auch die Restitutionspflicht auf Grund dieser condictio nicht die gestohlene Sache, sondern nur id quod ad eum pervenit, zum Gegenstande.

Die condictio aus dem Diebstahle selbst dagegen geht allemal auf die gestohlene Sache selbst[1], gleichgültig ob sie noch vorhanden ist oder nicht, ob sie noch ihre ursprüngliche Gestalt inne hat oder verarbeitet ist[2].

Dieser letztere Umstand hat nur insofern einen Einflufs auf die Restitutionspflicht, als ihr, falls die Sache nicht mehr vorhanden ist, durch Leistung der aestimatio Genüge geleistet wird[3]. Nur richtet sich die Restitutionspflicht — darin liegt eben die eigentliche Bedeutung der Morafiktion bei der condictio furtiva — nach dem Zeitpunkte, quo res unquam plurimi fuit[4].

Mit der Rückleistung des gestohlenen Gegenstandes oder seiner aestimatio aber ist der Zweck der condictio erfüllt. Die condictio furtiva kann daher ebensowenig mehr Platz greifen, wenn der Dieb freiwillig geleistet hat, wie wenn die Sache auf andere Weise in den Besitz des Eigentümers zurückgelangt ist[5]. Ebenso wird die condictio hinfällig, wenn bereits auf Grund einer anderen mit der condictio hinsichtlich des Klagegegenstandes konkurrierenden Klage der Dieb sei es nun zur Zurückstellung der gestohlenen Sache an den Eigentümer oder zu ihrer Herausgabe an einen Dritten veranlafst wurde[6].

Dies und nicht viel mehr wird sich von der condictio furtiva im besonderen sagen lassen. Es genügt aber, um zu der Erkenntnis zu gelangen, dafs die condictio furtiva wie jede andere condictio eine abstrakte strenge Klage auf

[1] l. 7 § 2 D. 13, 1.
[2] l. 13 D. 13, 1.
[3] l. 8 pr. D. 13, 1.
[4] l. 8 § 1 D. 13, 1.
[5] l. 10 D. 13, 1.
[6] l. 18 D. 13, 1.

Rückgabe eines certum gewesen ist, beschränkt auf die Personen, die unmittelbar an dem unterliegenden Thatbestande interessiert sind.

§ 30. Zwei besondere Anwendungsfälle der Condictio.

Bevor nun, nachdem das Wesen und die Aufgabe der condictio nach allen Richtungen in Betracht gezogen sind, an ein abschliefsendes Urteil über diese eigentümliche Erscheinung des römischen Rechtssystems geschritten wird, möge die Zuverlässigkeit und der praktische Wert der im Verlaufe dieser Darstellung gewonnenen Resultate an zwei besonderen Anwendungsfällen erprobt werden, hinsichtlich derer die Meinungen der Rechtsgelehrten wesentlich divergieren.

Zu solcher Probe nicht geeignet ist die ebenfalls vielfach ventilierte Frage[1], ob der mit Unrecht freigesprochene Schuldner trotz des Freispruches naturaliter obligiert bleibe, m. a. W., ob die Zahlung des Schuldners nach seinem ungerechterweise erfolgten Freispruche ihn zur Rückforderung der bezahlten Summe ermächtige. Diese Frage erscheint deshalb für diesen Zusammenhang nicht verwendbar, weil ihre Entscheidung aus dem Wesen der condictio nicht zu erschliefsen ist. Der springende Punkt liegt hier darin, ob das ungerechte Urteil der Rechtskraft des Urteils im vollen Mafse teilhaftig ist. Solche Frage ist nun wohl entscheidend dafür, ob eine das Eingreifen der condictio rechtfertigende Rechtsunwirksamkeit vorliegt. Sie kann aber nicht umgekehrt vom Standpunkte der condictio aus beantwortet werden.

Eine Frage, die in engerem Zusammenhange mit der Auffassung vom Wesen der condictio selbst zu stehen scheint, ist dagegen die, ob dem Käufer einer versicherten und nach

[1] Vgl. von der Pfordten, Archiv f. d. civ. Pr. 24. Bd. S. 108—153 und die dort Cit.; Fein, Archiv f. d. civ. Pr. 26. Bd. S. 162—200; S. 359—401; Jhering, Archiv f. d. civ. Pr. 56. Bd. S. 270—296.

Perfektion des Kaufvertrages durch Zufall untergegangenen Sache der Anspruch auf die Versicherungssumme zusteht. Die Frage läfst, natürlich unbeschadet der Entscheidung darüber, welche Lösung die richtige ist, eine solche in dreifacher Weise zu. Man kann der Anschauung sein, dafs der Zufall des Untergangs ohne weiteres den Käufer trifft, ohne dafs dadurch das Verhältnis zwischen Versicherer und Versichertem irgendwie tangiert würde. Man kann aber auch annehmen, dafs durch den Kaufvertrag alle Rechte an der Kaufsache auf den Käufer übergehen. Dann wäre der Käufer auch als an Stelle des Verkäufers in den Versicherungsvertrag eingetreten anzusehen und ihm die Versicherungssumme zuzuerkennen. Endlich kann man die Ansicht vertreten, dafs Käufer zwar den Zufall zu tragen hat, durch den Verkauf aber auch der Versicherungsvertrag aufgelöst ist, so dafs der Versicherer von seiner Haftung vollkommen befreit wird.

Auffallender- oder, wenn man lieber will, natürlicherweise hat nun auch jede dieser drei Meinungen ihre Vertreter in der Litteratur gefunden. Die an erster Stelle aufgeführte Ansicht, die dem Verkäufer den Kaufpreis und die Versicherungssumme für die untergegangene Sache kumulativ zuweist, hat, wiewohl sie der Billigkeit zumeist widerstreitet, die herrschende Ansicht lange Zeit für sich gehabt[1]. Stützt sie sich doch auf den Satz: periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet[2], der seine Geltung behaupte, ganz unabhängig von dem Vertrage des Verkäufers mit dem Versicherer.

Die zweite Richtung wurde zunächst von F. Mommsen[3] vertreten, der dazu von der Annahme aus gelangte, dafs der Verkäufer durch die Veräufserung die Gefahr auf den Käufer überwälzt habe, daher auch durch den Untergang der Sache keinen Schaden mehr erleide, der nunmehr den

[1] Vgl. Lippmann, Dogm. Jhrb. VII S. 22.
[2] § 3 Inst. 3, 23,
[3] Erörterungen I S. 116—123.

Käufer treffe und deshalb diesem vom Versicherer zu ersetzen sei.

Zu demselben Ziele gelangt allerdings auf anderem Wege Jhering[1]. Er erblickt nämlich in der Kaufpreisforderung nach dem Untergang der Sache und in dem Anspruche auf die Versicherungsforderung ein und dieselbe Ersatzforderung, die vom Verkäufer nicht doppelt geltend gemacht werden dürfe. Habe daher Verkäufer die Versicherungssumme behoben, so werde die Kaufpreisforderung dadurch zu einem indebitum, das Käufer, dafern er es schon bezahlt hat, zurückfordern könne.

Lippmann[2] endlich anerkennt zwar die unbedingte Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises, räumt ihm aber daneben den Anspruch auf die Versicherungssumme in der Erwägung ein, daſs diese das Surrogat der untergegangenen Kaufsache bilde und als solches Minus in dem Majus der Kaufsache selbst mit inbegriffen sei.

Der an dritter Stelle genannten Richtung dagegen sind gerade die speciellen Vertreter des Versicherungsrechtes beigetreten. Goldschmidt[3] meint: „Veräuſsert der Versicherte den (mittelbaren) Gegenstand der Versicherung, so erlischt von Rechts wegen das Forderungsrecht in der Person des Versicherten, weil diesem zur Zeit des Unfalls das versicherte Interesse fehlt, und es geht nicht von Rechts wegen auf den neuen Erwerber über, zumal durch dessen Eintritt sich die Gefahr des Versicherers erheblich ändern kann.“ Gerade dieser zuletzt angedeutete Gedanke ist es denn auch, der Ehrenberg[4] zwischen einem objektiven und subjektiven Versicherungsinteresse unterscheiden läſst. Nur im ersteren Falle „haftet der Versicherungsanspruch gewissermaſsen an dem versicherten Gegenstande, wird mit diesem erworben und verloren, geht mit diesem bei jeder Veräuſserung, auch

[1] Dogm. Jhrb. III S. 472 ff.
[2] Dogm. Jhrb. VII S. 21—37.
[3] System des Handelsr., 3. Aufl. S. 239.
[4] Versicherungsrecht I S. 309.

im Konkursverfahren, auf den Erwerber des Gegenstandes über." Nun ist aber das positive Versicherungsrecht gerade umgekehrt auf dem subjektiven Interesse aufgebaut. Es „gilt beim Abschlusse des Vertrages im Principe noch allgemein der Grundsatz, dafs nur das subjektive Interesse versicherbar sei, dafs also auch über die Person des Versicherten eine Vereinbarung zwischen den Parteien stattzufinden habe". Zu einer der drei genannten Möglichkeiten mufs nun wohl Stellung genommen werden.

Dem Verkäufer Kaufpreis und Versicherungssumme zuzusprechen, während Käufer leer ausgehen soll, scheint eine solche Unbilligkeit zu sein, dafs nach ihrer Beseitigung getrachtet werden mufs, wenn sie auch auf den ersten Blick noch so sehr aus der Unabhängigkeit des Kaufes vom Versicherungsvertrage gefolgert werden zu müssen scheint.

Einen Angriffspunkt scheint nun die folgende Erwägung zu gewähren: Die Versicherung bezweckt Schutz des Versicherten gegen einen Unfall, der sich in dessen Vermögen und zu dessen Nachteil ereignen könnte. In dem Augenblicke nun, wo durch die Perfektion des Kaufvertrages der Zufall aus der Vermögenssphäre des Verkäufers in die des Käufers überwälzt und der aus dem Vermögen des Verkäufers infolge des Kaufgeschäftes ausscheidende Vermögenswert überdies durch den an seine Stelle in das Vermögen als Äquivalent eintretenden Kaufpreis ersetzt erscheint, kann von einer Gefahr des Zufalls für das Vermögen des Verkäufers überhaupt nicht mehr gesprochen werden. Damit entfällt aber auch die Grundlage der Haftung des Versicherers gegenüber dem versicherten Verkäufer. In dem Augenblick, wo die versicherte Sache aus dem Vermögen des Versicherten ausgeschieden ist, wird auch sein Anspruch auf die Versicherung notwendig zu nichte. Wird daher durch den Kaufvertrag und das diesem anhaftende Gefahrprincip an sich der Versicherungsvertrag zwischen dem Verkäufer und einem dritten Versicherer auch nicht unmittelbar berührt, so kann es doch auch keinem Zweifel unterliegen, dafs in dem Momente, wo durch irgend eine Willenshandlung des

Versicherten, sei es nun ein Kaufvertrag oder was immer sonst, das Versicherungsobjekt aus seinem Vermögen definitiv in einer Weise ausgeschieden ist, die ihn von jeder Zufallshaftung dafür befreit, auch die Verpflichtung des Versicherers erlischt. Damit ist aber die Ansicht, die dem Verkäufer einer nach Abschlufs des Kaufvertrages zufälligerweise untergegangenen Sache sowohl den Kaufpreis als auch die Versicherungssumme zuspricht, gerichtet.

Von dieser Erwägung ausgehend, werden wir aber auch dazu gedrängt, die zweitangeführte Anschauung, die dem Verkäufer den Kaufpreis, dem Käufer die Versicherungssumme zukommen läfst, zu negieren. Für den Versicherungsvertrag sind die Bestimmtheit der vertragschliefsenden Parteien und des Vertragsgegenstandes zumindest ebenso wesentliche Erfordernisse wie für jeden anderen Vertrag. Für den Versicherungsvertrag läfst sich sogar in Anbetracht der früher dargelegten Erwägungen in gewissem Sinne behaupten, dafs er höchst persönlicher Natur sei, indem nämlich in den Augen des Versicherers die Vertrauenswürdigkeit der Person und anderer Umstände von ausschlaggebenderer Bedeutung sein werden, wie bei manchem anderen Vertrage. Solche Vertrauenswürdigkeit aber wird dem Versicherer wohl der accreditierte Kaufmann, nicht aber jeder beliebige Kunde dieses bieten. Es wird daher wohl anzunehmen sein, dafs, falls im Vertrage nicht ausdrücklich das Gegenteil vorgesehen ist, nicht jeder Dritte, an den das Versicherungsobjekt im Verkehrswege übergegangen ist, an Stelle des ursprünglich Versicherten in den Versicherungsvertrag ipso iure solle eintreten, den Anspruch auf die Versicherungssumme ipso iure solle geltend machen dürfen. Diesem Gedanken tragen ja auch, wie bereits erwähnt, die positiven Versicherungsrechtsgrundsätze Rechnung, wenn sie das Verhältnis zwischen den Parteien des Versicherungsvertrages von dem Princip des subjektiven Interesses beherrscht erscheinen lassen[1]. Durch die Perfektion des Kaufvertrages

[1] Art. 904 H.G.B.; A.L.R. II. 8 § 2163; Belg. H.G.B. Art. 30;

ist aber — dies kann wohl keinem gegründeten Zweifel begegnen, — das Versicherungsobjekt aus dem Vermögen des Verkäufers in jenes des Käufers übergegangen. Durch diesen Übergang mufs demnach die Verpflichtung des Versicherers gegen den ursprünglich Versicherten als erloschen angesehen werden, ohne dafs ein Recht des neuen Erwerbers auf die Versicherungssumme ohne weiteres angenommen werden könnte. Diese Annahme erhält ihre Stütze auch in dem Umstande, dafs die verschiedenen Schattierungen der gegenteiligen Meinung, wie sie durch Mommsen, Jhering und Lippmann vertreten werden, in den Quellen keinen genügenden Anhaltspunkt zu finden vermögen. Mommsen hat es überhaupt nicht versucht, sich auf Quellenanalogien zu stützen. Wenn aber Jhering[1] den Kaufpreis der zufällig untergegangenen Sache als eine Ersatzforderung konstruiert, so scheint dies nicht mehr Berechtigung zu haben, als wenn man jede Kaufpreisforderung, ja jede Forderung aus einem von der einen Seite bereits erfüllten Vertrage eine Ersatzforderung nennen wollte. Denn in all diesen Fällen stellt die Forderung den Ersatz für den in das Vermögen der Gegenpartei übertragenen Wert dar. Mit solcher Konstruktion käme man daher schliefslich zu ähnlichen nichtssagenden Resultaten wie mit jenem früher verworfenen allgemeinen Bereicherungsbegriff. Diese Konstruktion steht aber überdies in schroffem Gegensatze zu den Quellen, die der einheitlichen Natur der Kaufforderung durch den Umstand nicht Eintrag geschehen lassen, dafs sie bald für eine noch vorhandene, bald für eine zufällig untergegangene Sache zu entrichten ist. Diese Konstruktion hat aber ferner noch eine Reihe von Bedenken gegen sich, die an dieser Stelle nochmals hervorzuheben deshalb unterlassen

---

Italien. H.G.B. Art. 432 u. 439; Ungar. H.G.B. 484; Züricher Gesetzbuch § 528 u. 529; entgegengesetzt Art. 54 des Entw. zu einem schweizer. Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag von Dr. Roelli, Leipzig, 1896.

[1] Dogm. Jhrb. III S. 373 f.

werden kann, weil sie Lippmann[1] bereits hinlänglich betont hat. Nun zu Lippmann selbst. Er will die Versicherungssumme dem Käufer als das Surrogat der untergegangenen Kaufsache zuwenden[2]. Dabei ist nur das eine aufser Auge gelassen, dafs Verkäufer selbst dieses Surrogatanspruches durch die Perfektion des Kaufvertrages verlustig geworden ist. Wohl stützt sich Lippmann zum Beweise der fortdauernden Haftung des Versicherers, trotzdem die Sache aus dem Vermögen des ursprünglich Versicherten ausgeschieden ist, auf die dem Versicherungsvertrage innewohnende „gewissermafsen sachliche“ Haftung, die „nicht ausschliefsend an die Person des Versicherten, sondern auch an den Eintritt des die Sache treffenden Schadens, gegen den eben in der Versicherung Schutz gefunden werden soll, geknüpft“ ist, sowie auf die Bestimmung des Art. 904 des H.G.B., der im Falle der Veräufserung einer gegen Seegefahr versicherten Sache die Möglichkeit einräumt, diese Ansprüche im vollen Umfange auf den Erwerber zu übertragen. Daraus zieht Lippmann den Schlufs, dafs im entgegengesetzten Falle die Ansprüche dem Verkäufer verbleiben.

Allein fürs erste läfst die erwähnte Bestimmung ebensogut die Auffassung zu, dafs im Falle der Nichtübertragung dieser Rechte die Versicherung als erloschen anzusehen ist, und dann mufs gerade bei der Seeversicherung dem persönlichen Momente eine geminderte Bedeutung beigemessen werden, die einen allgemeinen Schlufs auf das Wesen des Versicherungsvertrages überhaupt unthunlich erscheinen läfst. Fehlt es also an einer speciellen Bestimmung über die dingliche Wirkung des Versicherungsvertrages — und für das römische Recht kann ein Zweifel wohl nicht bestehen — so mufs das Eintrittsrecht des Erwerbers in den Versicherungsvertrag seines Autors wohl als quaestio facti bezeichnet werden.

---

[1] l. c. S. 26—28.

[2] l. c. S. 29 ff.

Es kann angesichts dieser Sachlage vermieden werden, in die Exegese der von Lippmann zum Analogiebeweise herangezogenen Quellenstellen einzugehen, umsomehr als sie alle eingestandenermafsen sich von der obschwebenden Frage dadurch unterscheiden, „dafs in diesen Fällen das Surrogat demselben Ereignisse, das die gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung bewirkt hat, seine Entstehung verdankt". Es sei nur zum Beweise dafür, dafs nach den Grundsätzen des römischen Rechtes insbesondere dem Käufer einer Einzelsache nicht regelmäfsig und ohne weiteres das an Stelle der untergegangenen Sache tretende Äquivalent gebühre, statt aller auf l. 21 D. de her. vel act. vend. (18, 4) verwiesen.

Es erübrigt daher in der That nur mehr die dritte Möglichkeit, falls nicht besondere Umstände oder besondere Abmachungen zwischen Versicherer und Versichertem vorliegen, regelmäfsig und an und für sich durch das Ausscheiden des versicherten Gegenstandes aus der Vermögens- und Interessensphäre des ursprünglich Versicherten den Anspruch auf die Versicherungssumme als erloschen anzusehen.

Ein anderes freilich ist es, wenn der Versicherte seinen Anspruch aus dem Versicherungsvertrage während des Laufes der Versicherung abtritt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dafs „der Versicherte eine Änderung des Versicherungsvertrages einseitig durch Übertragung der ihm aus dem Vertrage zustehenden Rechte auf einen Dritten bewirken[1]" kann. Eine solche Abtretung kann auch stattfinden nach Eintritt eines Schadens: „Der Assekuranzanspruch wird hier, im Erbgang oder unter Lebenden, wie irgend ein beliebiger anderer Anspruch erworben[2]". Eine solche Abtretung kann aber auch vor Eintritt eines Schadens geschehen. „Die Abtretung des Anspruches aus dem Versicherungsvertrage ist daher völlig freigegeben." „Geht also

---

[1] Ončiul, Der Versicherungsvertrag nach öst. Recht, 1896, S. 257.

[2] Ehrenberg, l. c. S. 390.

dieser Anspruch — sei es vor, sei es nach Eintritt des Schadens — auf eine andere Person über, so hat dies auf den rechtlichen Bestand des Versicherungsvertrages nicht den geringsten Einfluſs[1]“.

Solche Abtretung vollzieht sich und ihre Wirkung bestimmt sich nach den Grundsätzen der Cession. „Die Einwilligung des Versicherers zur Cession der dem Versicherten aus dem Versicherungsvertrage erwachsenen Forderung an einen Dritten ist, falls das Gegenteil nicht ausdrücklich vereinbart wurde, nicht notwendig, weil die Rechte des Dritten nicht weitergehen als jene des Versicherten, und dem Versicherer alle Einwendungen aus der Person des Versicherten vorbehalten bleiben. Andererseits wird die Cession für den Versicherer erst dann verbindlich, wenn sie ihm bekannt gemacht wurde; so lange dies nicht der Fall ist, bleibt er berechtigt, an den Versicherten zu zahlen. Zwischen dem Versicherten und dem Dritten erzeugt dagegen die Cession sofort rechtliche Wirkung. Sollte der Versicherte nach erfolgter Abtretung die Versicherungssumme erhalten haben, so muſs er das Empfangene dem Dritten herausgeben[2]“.

Wohl ist also „die Abtretung des Versicherungsanspruches zulässig“, er geht aber doch „nach dem jetzigen Stande der Doktrin und Praxis nicht von Rechts wegen auf den Erwerber des Interesses über[3]“.

Nunmehr wird es nicht schwer fallen, den Zusammenhang der vorliegenden Frage mit der condictio aufzudecken. Jhering meinte, solche dem Käufer gewähren zu sollen, der den Kaufpreis der untergegangenen Sache bezahlt hatte, nachdem Verkäufer die Versicherungssumme eingezogen. Zur Ablehnung dieser Rechtsmittelgewährung nun führt uns ganz abgesehen von den bisherigen Ausführungen und dem Umstande, daſs es an jedem Quellenbelege hierfür fehlt, die einfache Erwägung, daſs die Voraussetzungen einer condictio des Käufers im fraglichen Falle nicht zutreffen.

---

[1] Ehrenberg, l. c. S. 391.
[2] Ončiul, l. c. S. 257.
[3] Ehrenberg, l. c. S. 393, 462 ff.

Die condictiò ist die Klage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte. Das Kaufgeschäft aber ist durch den Untergang der Sache in keiner Weise unmittelbar berührt. Dieses ist durch den Untergang der Sache weder von Anfang an noch nachträglich hinfällig geworden. Es fehlt also dem Käufer an der Legitimation zur condictio, die allein aus dem Versicherungsvertrage erwachsen könnte, an dem er keinen Teil hat. Wohl aber stünde dem Versicherer, der dem Versicherten für die nach Perfektion des Kaufes untergegangene Sache die Versicherungssumme ausbezahlt hat, die condictio aus dem Grunde zu, weil er auf Grund eines Rechtsgeschäftes geleistet hat, das zur Zeit der Leistung nicht mehr zu Recht bestand. Auch in dem Falle, wo dem Käufer das Eintrittsrecht in den Versicherungsvertrag durch Cession des Verkäufers gewahrt ist, könnte nur der Versicherer die trotzdem dem Verkäufer ausbezahlte Versicherungssumme mit condictio zurückfordern, Käufer nur den Versicherer auf Zahlung der Versicherungssumme klagen. Denn auch in diesem Falle fehlt es an einem Grunde, der dem Käufer das Recht geben würde, durch Rückforderung des Kaufpreises den Vertrag aufzulösen. Zu erwägen wäre nur die Möglichkeit, ob nicht in letzterem Falle die actio empti des Käufers unter den gegebenen Voraussetzungen statt auf den Kaufgegenstand auf die Versicherungssumme als einen integrierenden Bestandteil der Kaufsache gerichtet werden könnte. Doch kann in diesem Zusammenhange diese Frage ebenso offen gelassen werden wie die, inwieweit der Käufer einer versicherten Sache die Cession des Versicherungsanspruches zu verlangen berechtigt ist, so lange der Versicherungsvertrag zwischen dem Versicherer und dem Verkäufer noch ungeschmälert zu Recht besteht. Jedenfalls ist aber die in Rede stehende, zweifellos praktische Komplikation des Kaufvertrages geeignet, zu zeigen, wie unentbehrlich eine richtige Erkenntnis des Wesens der condictio ist, um Verirrungen vorzubeugen.

Die andere Frage, die in den Kreis dieser Erörterungen gezogen werden soll, ist die, ob der ehemalige gutgläubige

Besitzer einer fremden Sache, der sie weiter veräufsert hat, in allen Fällen verpflichtet ist, dem Eigentümer den gelösten Kaufpreis herauszugeben, nachdem die Sache beim Käufer untergegangen ist. Die Frage hat bekanntlich lange Zeit hindurch den Gegenstand heftigen Streites zwischen Jhering[1] und Windscheid[2] gebildet. Wiewohl auch nachher noch andere Vertreter der Rechtswissenschaft zu der Frage Stellung genommen haben[3], hat dennoch bis nun keine der versuchten Lösungen allgemeinen Beifall gefunden. Doch wird die Frage regelmäfsig nicht so sehr hinsichtlich ihrer Zulässigkeit überhaupt als vielmehr hinsichtlich des Umfanges ihrer Zulässigkeit in Zweifel gezogen. Vielleicht aber gewährt gerade diese unbedingte Anerkennung der ersten Voraussetzung den Schlüssel zur Lösung der obschwebenden Zweifel.

Es scheint daher vor allem notwendig, zu prüfen, ob die Stellen, die angeblich solche condictio der von einem Dritten bezahlten Summe zu Gunsten des Eigentümers normieren, thatsächlich einen gutgläubigen Besitzer im Auge haben.

Die beiden Stellen, die den Angelpunkt der obschwebenden Frage bilden, stammen beide von African. Die eine[4] gewährt dem Eigentümer gegen den Käufer einer geraubten Sache, die dieser weiter veräufsert hat, die negotiorum gestorum actio auf Herausgabe des Kaufpreises mit der Begründung: ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses. Die andere[5] räumt dem wirklichen gegen den Scheinlegatar,

---

[1] Abh. aus dem röm. R. 1844, S. 78—85; Dogm. Jhrb. XVI S. 230—318.

[2] Krit. Vierteljahrsschr. I S. 115 ff.; Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtf. Ber., Leipzig 1878.

[3] Vgl. Litteratur bei Windscheid, Zwei Fragen, S. 1; bei Jhering S. 234 ff. u. n. 2 u. 3; Krüger, Archiv f. d. civ. Pr. 63. Bd. S. 379 ff.; Eisele, Archiv f. d. civ. Pr. 66. Bd. S. 1 ff.; Bolze, Archiv f. d. civ. Pr. 78 Bd. S. 437 f.; S. 443 f.; 79 Bd. S. 199 f.

[4] l. 48 (49) D. 3, 5.

[5] l. 23 D 12, 1.

der den legierten Sklaven veräufsert hat, zur Rückforderung des Kaufpreises die condictio ein, quasi ex re tua locupletior factus sim. Diese Uneinigkeit Africans mit sich selbst hat bereits die Aufmerksamkeit Wächters[1] erregt, der darin „einen Beweis dafür erblickt, dafs ihm selber das Ganze als eine Anomalie vorgekommen sei". Zur Annahme einer Interpolation liegt kein Anlafs vor. Wohl aber berechtigt der Umstand, dafs beide Stellen aus den Quaestionen Africans entnommen sind, zu der Vermutung, dafs der konkrete Thatbestand in beiden Fällen vielleicht doch eine Verschiedenheit aufzuweisen hatte, wenn anders die widerstreitende Klagengewährung auf Grund eines anscheinend identischen Thatbestandes ihre befriedigende Erklärung finden soll.

In beiden Fällen hat man es mit dem Untergang einer dem Eigentümer abhanden gekommenen Sache zu thun. Wenn nun die condictio nicht in beiden Fällen gleichermafsen zuständig erklärt ist, so liegt darin jedenfalls ein Beweis dafür, dafs die condictio nicht unbedingt eine „Form der persönlichen Klage zum Zweck der Vervollständigung des Schutzes des Eigentums" darstellte. In beiden Fällen fehlt es aber auch an einem unmittelbaren obligatorischen Bande zwischen Kläger und Beklagten, an der rechtsgeschäftlichen Grundlage des Parteienverhältnisses. Wenn daher auch nur in einem dieser Fälle die condictio gegen den gutgläubigen Besitzer gewährt sein sollte, wäre damit eine Instanz geschaffen gegen die Auffassung der condictio als der Klage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte[2].

Nun gewährt aber African die condictio gerade dort nicht, wo er die allerdings gezwungene Konstruktion eines obligatorischen Verpflichtungsverhältnisses zur Begründung der Klagengewährung heranzieht. Solcher Konstruktion bedient ;er sich vielmehr, um die Einräumung der actio negotiorum gestorum zu rechtfertigen. Er ist dabei offenbar

---

[1] Erörterungen, Heft I S. 101.

[2] Einen Ausweg versucht die Lösung Bolzes, Archiv f. d. civ. Pr. 78. Bd. S. 437 f.

von dem Gedanken geleitet, dafs eine rechtliche Beziehung zwischen den Parteien nur unter dem Gesichtspunkte der Stellvertretung angenommen werden könne. Solche Annahme aber setzt wohl zumindest voraus, dafs Beklagter, wenn auch nicht animus gerendi so doch auch nicht animus non gerendi gehabt habe. Dies letztere wäre aber der Fall, wenn er mala fide gewesen wäre. Die Entscheidung mufs daher zweifellos einen gutgläubigen Besitzer im Auge gehabt haben. Ebensowenig aber kann daran gezweifelt werden, dafs Beklagter sine titulo besitzt, dafs der Besitzer also keinen Autor hat[1].

Im zweiten Falle dagegen sieht African von der negotiorum gestorum actio ab und greift zur condictio, wiewohl er in der früheren Stelle die negotiorum gestorum actio in einem ähnlich liegenden Falle zu gewähren bereit ist. In diesem Falle mufs daher der Gedanke der Stellvertretung auch bei dem gröfsten Entgegenkommen von vornherein als ausgeschlossen gegolten haben. Dies ist aber, wie bereits angedeutet wurde, der Fall, wenn der Besitzer sich in bösem Glauben befindet. Die Entscheidung Africans an dieser Stelle drängt daher zu der Annahme, dafs der Scheinlegatar nicht gutgläubiger Besitzer, wenn auch nur sine titulo war, sondern vielmehr sich in bösem Glauben befand. Für diese Auffassung läfst sich sogar, wenn man will, ein Anhalt aus der Ausdrucksweise der Stelle selbst gewinnen. Denn die Wendung: quasi mihi legatum possederim et vendiderim läfst jedenfalls auch die Auslegung zu, dafs Beklagter den dem anderen legierten Sklaven in Besitz genommen und verkauft habe, wie wenn er ihm vermacht gewesen wäre, ihn also gestohlen oder veruntreut habe. Dann aber ist die Klage keine andere als die condictio furtiva, die auch nach dem Tode des Sklaven noch seinen Wert ergreift. Die condictio ist in diesem Falle Ersatz der Eigentumsklage[2]. Gerade diese Funktion kommt ihr aber

---

[1] Vgl. Jhering, Dogm. Jhrb. XVI S. 305.

[2] Vgl. Jacobi, Dogm. Jhrb. IV S. 189 f.; S. 241 f.; Eisele, l. c. S. 9; Bekker, Aktionen I S. 116 n. 20.

nur als furtiva gegen den Dieb und andere bösgläubige Besitzer zu. Diese Auffassung der Stelle kann auch nicht durch den Hinweis auf jene lex gemina[1] erschüttert werden, die eine ähnliche Entscheidung für den Fall trifft, wo der gutgläubige Besitzer sine titulo aus fremdem Gelde eine Sache erworben hatte. Denn einmal scheint diese Entscheidung in der römischen Juristenwelt selbst sich keines besonderen Beifalls erfreut zu haben[2]. Sodann aber ist in diesem Falle der Belangte durch seine Kaufklage gegenüber dem Diebe gedeckt, und es kann die condictio gewissermafsen auch hier als die selbst gegenüber dem gutgläubigen Singularsuccessor wie gegenüber dem Erben des Diebes[3] fortwirkende condictio furtiva angesehen werden.

Jedenfalls aber kann diesen Entscheidungen nicht mit Grund der Satz entnommen werden, dafs jeder, der fremdes Geld oder fremde Sachen in gutem Glauben durch Rechtsgeschäft erworben hat, dem Eigentümer auf Herausgabe dessen haftet, was er damit erworben hat[4]. Dieser Satz scheint vielmehr dem römischen Rechte überhaupt fremd gewesen zu sein. Denn er kann auch nicht auf irgend welche andere Quellenstelle gestützt werden[5]. Von l. 30 pr. D. 19, 1 ist es vor allem zweifelhaft, ob sie vollkommen unberührt überliefert ist[6]. Doch abgesehen davon unterscheidet sich ihr Thatbestand wesentlich von dem in Frage stehenden, indem hier nur das unmittelbare Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer für die Beurteilung der Zulässigkeit einer condictio in Frage kommt. Ebenso handelt es sich auch in l. 18 pr. D. 12, 1 nur um das Verhältnis zwischen den unmittelbaren Kontrahenten. Ferner mufs l. 12 § 1 D. 20, 5 aufser Betracht

---

[1] l. 24 § 1 D. 19, 1; l. 31 § 1 D. 12, 1.

[2] Vgl. Lenel Pal. I Julian n. 253; Pernice, Labeo III S. 218 n. 4.

[3] l. 7 § 2 D. 13, 1.

[4] Vgl. Jhering, Dogm. Jhrb. XVI S. 317; Brinz, Pand. II S. 529 n. 8.

[5] Windscheid, Zwei Fragen S. 5 ff.

[6] Vgl. Pernice, Labeo III S. 251 n. 2.

bleiben, weil sie überhaupt nur von einer utilis actio handelt. Dasselbe gilt aber auch von l. 17 pr. D. 6, 1. Denn diese begnügt sich mit der Entscheidung: aequum esse me pretium Maevio restituere. Damit ist doch zumindest nicht die Notwendigkeit auferlegt, die Restitution in Form einer condictio zu denken. Dagegen läfst sich gerade das Gegenteil von der Annahme, dafs der redliche Besitzer zur Herausgabe des gelösten Preises verhalten sei, aus l. 67 D. 23, 3 und aus l. 17 D. 46, 3 entnehmen. Denn dort wird der Empfänger fremden Geldes sowie der „Schuldner, der unser Geld mandatswidrig auf seine Schuld leistete", unter ähnlichen Voraussetzungen von jeder Ersatzpflicht freigesprochen[1].

Keine Bedeutung kann es aber auch haben, wenn zur Unterstützung dieser Behauptung die Analogie mit der „Bereicherung durch Verbindung und Specifikation" herangezogen wird[2]. Denn auch in diesen Fällen kommt vor allem ein für die Entscheidung wesentliches Moment in Wegfall, die mangelnde unmittelbare Beziehung zwischen den Streitparteien[3]. Derselbe Irrtum unterläuft aber, wenn die Beantwortung der Frage von der Entscheidung der beiden Vorfragen abhängig gemacht wird, ob ein Anspruch auf die gewonnene Bereicherung gegen den redlichen Besitzer ohne Titel und ob ein Anspruch auf die durch Verbindung gewonnene Bereicherung gegen den redlichen Besitzer überhaupt begründet ist[4]. Denn auch bei dieser Fragestellung ist das Moment der unmittelbaren Beziehung zwischen Anspruchsberechtigten und Ersatzverpflichteten als nebensächlich bei Seite geschoben.

Will man daher nicht mit Windscheid und Krüger[5] vollkommen willkürlich „die actio negotiorum gestorum der l. 48 (49) D. 3, 5 als identisch mit der condictio sine causa

[1] Vgl. Hartmann, Krit. Vierteljahrsschr. XI S. 522.
[2] Windscheid, Zwei Fragen, S. 16.
[3] Vgl. auch Krüger, l. c. S. 383 f.
[4] Windscheid l. c. S. 25.
[5] l. c. S. 151.

auffassen", „wie nicht minder die wegen Specifikation dem früheren Eigentümer gegebene actio in factum oder actio in rem utilis", so gewähren die Quellen in der That keinen Anhaltspunkt für die Annahme einer condictio des Eigentümers gegen jeden gutgläubigen Besitzer auf Herausgabe des Kaufpreises der untergegangenen Sache. Dies erscheint um so erfreulicher, als die in dem Gesamthabitus der Quellen sich widerspiegelnde Auffassung der condictio solcher Annahme von vornherein widerstrebte.

Schlufs.

Ein abschliefsendes Urteil über die condictio des römischen Rechtes läfst sich nunmehr in wenigen Sätzen zusammenfassen. Die condictio war ursprünglich Prozefsform zur Verwirklichung von Ansprüchen des strengen Rechtes auf certa pecunia und certa res. Mit dem Eintritt des Formularprozesses in das Rechtsleben blieb sie zunächst Klage aus den strengen Verträgen des Civilrechtes, die auf Leistung eines certum gerichtet waren. Allmählich erweiterte sich ihr Anwendungsgebiet auf das indebitum, schliefslich auf die Rückforderung jeder bestimmten Leistung, die der dauernden Rechtsgültigkeit entbehrte. Daneben bildete sich insbesondere die anormale Form der condictio furtiva aus. Trotz ihrer abstrakten Formel, die sie dazu eignete, materiellen Ansprüchen aller Art zur schützenden Hülle zu dienen, empfing sie also durch die Beschränkung im Objekt auf das certum und durch die ihr dauernd anhaftende Strenge des Verfahrens eine gewisse Individualisierung, die sie in die Grenzen bestimmter materieller Rechtsthatbestände verwies. War sie ursprünglich auf die strengen Verträge des Civilrechtes beschränkt, so wurde sie zwar später einerseits auf die Rückforderung rechtsunwirksamer Leistungen anwendbar, andererseits zur Eigentumsverfolgung gegenüber dem Dieb zulässig befunden, allein über diese Grenzen hinaus hat sich ihre Wirksamkeit niemals erstreckt.

Sie war insbesondere niemals Bereicherungsklage in dem eingangs erörterten Sinne. Diese Funktion war der condictio einmal deshalb nicht regelmäfsig zugänglich, weil die Be-

reicherung ihrer Natur nach ein incertum, der Gegenstand der condictio aber notwendig ein certum sein mufs. Sodann aber macht sich dem Beschauer, der von der ungetrübten Vorstellung des Bereicherungsbegriffes im juristischen Sinne erfüllt ist, die doppelte Wahrnehmung bemerkbar, dafs wirkliche Bereicherungsfälle in den Quellen teils einer Klagensanktion überhaupt ermangeln, teils nur unter den Schutz einer actio in factum oder einer utilis actio gestellt sind, dafs aber die condictio regelmäfsig weder die Bereicherung zum eigentlichen Klagegrund hat, noch auch auf die Bereicherung als eigentlichen Klagegegenstand gerichtet ist.

Alle Erscheinungsformen der condictio sind dagegen durch das gemeinsame Band der Rückforderung zusammengehalten. In diesem Sinne ist sie wohl „von einem Grundgedanken beherrscht“ und nicht „die Zusammenfassung verschiedenartiger Fälle, in denen es ungerechtfertigt erschien, dem einen eine Bereicherung zu belassen, welche mit dem Nachteile eines anderen mehr oder weniger in Zusammenhang steht[1]“. Andererseits mufs es aber angesichts ihres immerhin in gewissem Grade beschränkten Wirkungskreises als unzutreffend bezeichnet werden, wenn die condictio überhaupt aus dem materiellen Rechte verwiesen und ihr lediglich der Charakter einer Prozefsform zuerkannt wird[2]. Solche Stellung kommt der condictio kaum in der Gestalt der von Justinian geschaffenen condictio generalis zu, geschweige denn in einem Rechtszustande, dem diese Form unbekannt war.

Für die Bereicherungslehre aber hat die vorliegende Untersuchung nur negative Resultate gezeitigt. Nicht nur wurde der condictio der Charakter einer oder der Bereicherungsklage benommen, sondern auch der Bereicherungsanspruch an sich mufste gegenüber der herkömmlichen Auffassung eine wesentliche Einschränkung erfahren. Dadurch

---

[1] Krüger, Archiv für die civ. Prax. 63. Bd. S. 382.
[2] Baron, Sav.-Z. R.A. I S. 151.

eröffnet sich ein doppelter Weg für eine künftige Untersuchung, die an diese Resultate anknüpfen will. Es bleibt einmal zu untersuchen, inwieweit und mit welchen konkreten Rechtsmitteln das römische Recht überhaupt dem Bereicherungsanspruche gerecht zu werden bemüht war. Auf der anderen Seite ist zu prüfen, auf welchem Wege und in welcher Weise sich die gemeinrechtliche Bereicherungslehre zu ihrer heutigen Auffassung entfaltete, und inwiefern sich die modernen Kodifikationen von dieser oder jener Anschauung beherrscht zeigen.

Sachregister.

(Die gröfseren Zahlen bedeuten die Seite, die kleineren die Note.)

Z.

Quellenregister.

(Die gröfseren Zahlen bedeuten die Seite, die kleineren die Note. Beiträge zur Interpretation einzelner Quellenstellen sind durch fetten Druck ausgezeichnet.)

A. Vorjustinianische Quellen.

B. Justinianische Quellen.

I. Institutionen:

II. Digesten:

III. Codex.

IV. Basiliken.

Zusätze:

Zu Seite 51: Gleich Baron nimmt die condictio generalis schon für Cicero in Anspruch: Kappeyne, Abhandlungen III, 1882/83 (Übersetzung 1885), S. 220 ff., dessen Ausführungen überhaupt zum Teil in merkwürdiger Weise mit denen Barons übereinstimmen.

Zu Seite 59 Note 3: Kappeyne, Abhandlungen III, S. 216 n. 1.

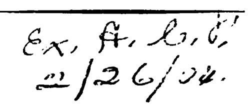
Zu Seite 65 Note 1: Kappeyne, Abhandlungen III, S. 201 ff.

Zu Seite 89: Wie ich mich durch Einsicht in den Florentiner Codex überzeugte, habe ich Mommsen mifsverstanden. Die Florentina schreibt nämlich nicht: condicere te frumentum u. s. w., sondern: condicere te tibi frumentum ... Die nachträgliche Verbesserung besteht daher in der Streichung des te. Doch glaube ich trotzdem an meiner Schlufsfolgerung nichts ändern zu müssen. Vielmehr scheint sie mir durch die offenbar schon von dem ersten Schreiber beabsichtigte Verbesserung noch glaubhafter geworden.

Zu Seite 360 ff.: Pernice, Labeo II Abt. II 1, (Halle 1900), ist mir leider erst zugegangen, als der Druck meines Buches bereits fast vollständig abgeschlossen war. Manche Ausführung, die durch den Standpunkt der ersten Auflage geboten schien, wäre sonst erspart worden. (Vgl. jetzt namentlich: S. 101 III u. n. 3; 102 u. n. 3—5; 103 n. 2; 104 zu n. 3 u. a. m.)

Berichtigungen:

Seite 92 Note 3	ist statt: l. 22 i. f. D. 39, 11	zu lesen:	l. 22 i. f. D. 39, 1.
„ 120 Zeile 3 von unten	„ „ : sid	zu lesen:	sit.
„ 129 „ 3 „ oben	„ „ : beiden	zu lesen:	allen.
„ 140 „ 4 „ unten	„ „ : Zeit legis actio	zu lesen:	Zeit der legis actio.
„ 249 „ 10 „ oben	„ „ : § 8 J. S. 7 cit.	zu lesen:	§ 8 Inst. 4, 7.
„ 281 „ 6 „ „	„ „ : zählten	zu lesen:	zählen.



Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

